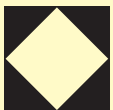


Franz Müntefering/Ulrich Becker (Hrsg.)

50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht



Nomos

**Studien aus dem Max-Planck-Institut
für ausländisches und internationales Sozialrecht**

Band 41

Franz Müntefering/Ulrich Becker (Hrsg.)

50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht



Nomos

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://www.d-nb.de> abrufbar.

ISBN 978-3-8329-3771-3

1. Auflage 2008

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2008. Printed in Germany. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

Vorwort

50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht zeigen auch: Europa ist sozial. Der Europäische Gerichtshof hat dieses soziale Europa geprägt durch seine umfassende Rechtsprechung zu den Bereichen Freizügigkeit, koordinierendes Sozialrecht, Arbeitsrecht, Arbeitsschutz und Gleichstellung – sei es von Männern und Frauen am Arbeitsplatz, sei es in Form umfassender Antidiskriminierung.

Politik und Rechtsprechung müssen beachten, dass grundlegende soziale Standards in einer zunehmend globalisierten Wirtschaft und bei einseitiger Betonung der wirtschaftlichen Interessen in einem hohen Maß verloren zu gehen drohen, in Europa und weltweit. Das Soziale muss deutlicher als bisher auf der europäischen Agenda erkennbar sein mit dem Ziel, dass ökonomische, ökologische und soziale Interessen gleich gewichtet werden. Es ist in diesem Zusammenhang auch notwendig, im Dialog aller Beteiligten auf europäischer und nationaler Ebene zu erörtern, wie die Wechselwirkung zwischen nationalem Recht und Europarecht funktioniert. Bis hin zu der Frage, welche Wirkungen einzelne Urteile haben und ob der Tatsache genug Rechnung getragen wird, dass Arbeitsmarkt- und Sozialpolitik nach wie vor weitestgehend in der Verantwortung der Mitgliedstaaten liegen.

Die Herausforderung besteht dabei für die Politik vor allem darin, soziale Grundsätze und Maximen stärker festzuschreiben und zu vertiefen. Ausgewogene und gerechte Arbeitsbedingungen, mehr gute Arbeitsplätze, faire Löhne und gute Bildungschancen sind die Grundlage für soziale Sicherheit und sozialen Frieden. So wie ein hohes Maß an sozialer Sicherheit nur zu erreichen ist, wenn Europa ökonomisch erfolgreich ist, entfaltet umgekehrt das Soziale eine große wirtschaftliche Kraft. Das sind zwei Seiten einer Medaille. Die Gerichte der Mitgliedstaaten und der Europäische Gerichtshof haben die Möglichkeiten, aber auch die Aufgabe, Leitplanken für das Soziale zu entwickeln und soziale Rechte zu stärken.

Unser herzlicher Dank gilt all denjenigen, die die Entstehung des vorliegenden Tagungsbandes durch ihre hochkarätigen Beiträge im Kolloquium „50 Jahre EU – 50 Jahre EuGH-Rechtsprechung im Arbeits- und Sozialrecht“ sowie die Mitarbeit an der Überarbeitung der Manuskripte möglich gemacht haben.

Der Tagungsband soll zum einen ein Beitrag dazu sein, die Entwicklung des europäischen Arbeits- und Sozialrechts einem möglichst großen Kreis von Interessierten zugänglich zu machen. Zum anderen soll er die weitere Diskussion über die Zukunft des Sozialen Europa im Wechselspiel zwischen Politik und Rechtsprechung anstoßen, die wir unter Einbeziehung der Sozialpartner und der Zivilgesellschaft fortführen sollten.

Franz MÜNTEFERING
Ulrich BECKER

im April 2008

Inhaltsverzeichnis

Teil 1: Grundlagen des europäischen Arbeits- und Sozialrechts

Entwicklung des europäischen und internationalen Arbeits- und Sozialrechts <i>Bernd Baron von MAYDELL</i>	9
Das Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes mit Beispielen aus dem Arbeits- und Sozialrecht <i>Vassilios SKOURIS</i>	15
Zum Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts <i>Hans-Jürgen PAPIER</i>	21
Diskussionsbericht zu Teil 1	27

Teil 2: Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht

Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht aus der Sicht eines deutschen Arbeitsrichters <i>Hellmut WIßMANN</i>	29
Habent sua fata libelli (= Decisiones) <i>Marko ILEŠIČ</i>	37
The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards <i>Brian BERCUSSON</i>	41
The Impact of National Labour and Social Law on the Law of the European Community <i>Niklas BRUUN</i>	65
Slovenian Labour and Social Law in Relation to the EC Law <i>Barbara KRESAL</i>	77
Diskussionsbericht zu Teil 2	91

Teil 3: Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht

Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht <i>Ulrich BECKER</i>	95
---	----

Anmerkungen zur Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Gebiet des Sozialrechts <i>Thomas von DANWITZ</i>	107
Die Rechtsprechung des EuGH als bestimmender Faktor für die weitere Entwicklung der Koordinierung der Sozialversicherung innerhalb der Gemeinschaft <i>Sebastião Nóbrega PIZZARO</i>	113
Diskussionsbericht zu Teil 3	141

Teil 4: Podiumsdiskussion

Wechselwirkung zwischen nationalem und internationalem Arbeits- und Sozialrecht und dem Recht der Europäischen Gemeinschaft	145
--	-----

Verzeichnis der Autoren	159
-------------------------	-----

Verzeichnis der Moderatoren und Diskussionsteilnehmer	165
---	-----

Entwicklung des europäischen und internationalen Arbeits- und Sozialrechts

Bernd Baron von MAYDELL

I. Ausgangspunkt

50 Jahre Römische Verträge, das bedeutet auch 50 Jahre europäische Regelungen zum Arbeits- und Sozialrecht bei einer gleichzeitigen wechsellvollen Diskussion über die soziale Dimension der Gemeinschaft und insbesondere darüber, ob überhaupt und ggf. welche sozialpolitischen Kompetenzen der Europäischen Gemeinschaft zustehen sollten.

Diese Fragestellung wurde parallel in anderen europäischen Gremien, wie dem Europarat, und auf internationaler Ebene behandelt. Ausgangspunkt der kontroversen Diskussion ist das teilweise vertretene Verständnis von einem Nationalstaat, zu dessen zentralen Aufgaben die Wohlfahrt aller Bürger gehört, die vor allem auch durch eine umfassende Sozialordnung sicherzustellen ist. Diese Ordnung könne nur der autarke Staat, der über Gesetzgebungskompetenz und die Steuerhoheit verfügt, setzen. Aus dieser Sicht ist kein Raum für substantielle internationale Regelungen.

Andererseits wird die Begrenzung auf den Nationalstaat seit den Ursprüngen des modernen Sozialrechts, d.h. seit Ende des 19. Jahrhunderts, in Frage gestellt. Die Mobilität der Menschen über die Grenzen hinweg und die Idee von allgemeinen sozialen Grundrechten haben dazu geführt, dass auf vielen Ebenen eine Internationalisierung des Sozialrechts gefordert und in Ansätzen auch umgesetzt worden ist. Zu erinnern ist an internationale Kongresse zum Arbeitsschutz Ende des 19. Jahrhunderts und vor allem an die Schaffung der internationalen Arbeitsorganisation als einer Sonderorganisation des Völkerbundes nach dem 1. Weltkrieg. Unter Mitwirken der Sozialpartner in Zusammenarbeit mit den Staaten hat die Internationale Arbeitsorganisation in den über 80 Jahren ihres Bestehens ein umfassendes Gefüge von Normen im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts geschaffen, die durch Ratifikation für die Staaten Verbindlichkeit erlangen. Die Einhaltung dieser eingegangenen Verpflichtungen wird durch ein Überwachungssystem kontrolliert.

Das Verhältnis von nationalem und internationalem Recht im Bereich des Arbeits- und Sozialrechts wird somit durch ein Nebeneinander gekennzeichnet, wobei dem internationalen Recht eine zunehmende Bedeutung zukommt. Das gilt vor allem für die Mitgliedstaaten der Europäischen Union, wenn man zum internationalen Recht im weiteren Sinne auch das supranationale Recht zählt.

II. Zum weiteren Vorgehen

Zu den Veränderungen im Nebeneinander von nationalem und internationalem Arbeits- und Sozialrecht kommt, was den Untersuchungsgegenstand meiner Einführung anbelangt, hinzu, dass auch die nationale Sozialordnung in einem ständigen Wandel begriffen ist. Dieser Wandel tangiert gleichzeitig das Verhältnis zum internationalen Recht.

Bei dieser Dynamik der Entwicklung und der Vielzahl relevanter Fragen verbietet sich das von der Themenstellung zunächst nahegelegte Vorgehen – nämlich eine Bestandsaufnahme von internationalen und supranationalen Ergänzungen und Modifikationen der nationalen Sozialordnung zu versuchen. Es könnte sich dabei nur um eine notwendigerweise unvollständige Momentaufnahme handeln, die die angesprochene Dynamik und die sie bestimmenden Trends nicht deutlich machen könnte. Deshalb soll so vorgegangen werden, dass einzelne Aspekte der Internationalisierung herausgegriffen werden sollen, in Erwartung, dass durch ein Mosaik ein aussagefähiges Bild entsteht.

III. Aspekte der Internationalisierung und Europäisierung

1. Internationales und supranationales Recht

Arbeits- und sozialrechtliche Fragen werden in völkerrechtlichen und in supranationalen Normen behandelt. Das Besondere des supranationalen Rechts ist, dass eine von Staaten geschaffene Institution, die Europäische Gemeinschaft, jetzt die Europäische Union, besteht, der von den Mitgliedstaaten hoheitliche Befugnisse übertragen worden sind. Im Rahmen dieser Übertragung können die Organe der EU verbindliches Recht setzen, das – anders als bei völkerrechtlichen Regelungen – nicht mehr der Transformation durch die Mitgliedstaaten bedarf, um innerstaatlich wirksam zu werden.

Völkerrechtliche Normen, die für Deutschland relevant sind, können universelle oder regionale Geltung beanspruchen, wie etwa die Konventionen der Internationalen Arbeitsorganisation oder des Europarates, z.B. die Europäische Sozialcharta. Völkerrechtliche Normen, die Deutschland ratifiziert hat, und supranationale Normen können denselben Gegenstand, unter Umständen in unterschiedlicher Weise, regeln, etwa die Arbeitszeit oder die Arbeitsvermittlung. Bei einer solchen Normenkollision bleibt nur der Weg der Kündigung der schwächeren völkerrechtlichen Norm, also z.B. der ILO-Konvention über das Verbot der privaten Arbeitsvermittlung.

2. Zielsetzungen

Internationale und supranationale Normen treten regelmäßig zusätzlich zu den nationalen Normen hinzu. Schon daraus folgt, dass für die Schaffung besondere Gründe vorliegen müssen. Die Antwort auf die Frage nach dem Warum zeigt ganz unterschiedliche Zielsetzungen auf:

a) Ermöglichung von Mobilität durch Koordinierung verschiedener Rechtssysteme

Mobilität der Menschen führt dazu, dass die grenzüberschreitenden Sachverhalte zunehmen: Ein Arbeitnehmer arbeitet für einen Arbeitgeber aus einem anderen Land. Das Arbeitsrecht welchen Staates soll gelten? Ein Sozialversicherter will seinen Lebensabend außerhalb seines Heimatlandes verbringen. Kann er seine Altersrente in diesem anderen Staat beanspruchen?

Das sind nur zwei Beispiele für unzählige Sachverhalte, die sich täglich verwirklichen und für deren Regelung die sogenannten Kollisionsnormen geschaffen werden. Solche Kollisionsnormen enthält, soweit es sich um private Rechtsverhältnisse, wie Arbeitsverhältnisse, handelt, das Internationale Privatrecht. Soweit es um sozialrechtliche, d.h. öffentlichrechtliche Beziehungen geht, greifen die Normen des Internationalen Kollisionsrechts ein, wie sie etwa in den Verordnungen über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer enthalten sind. Dieses Regelwerk, das bereits zu Beginn der Europäischen Gemeinschaften geschaffen worden ist, wurde immer weiter ausgebaut und bedarf auch jetzt wieder – nach dem Beitritt zahlreicher neuer Staaten, einer Weiterentwicklung.

b) Schaffung von Grundnormen und sozialen Mindeststandards

Der Gedanke, soziale Standards international zu verankern, kann auf eine lange Entwicklung zurückblicken. Er geht zurück auf zwei ganz verschiedene Ansätze, die in der Schaffung der Internationalen Arbeitsorganisation bedeutsam geworden sind. Zum einen geht es um den menschenrechtlichen Ansatz, wonach für jeden Menschen die Grundrechte zu sichern sind. Zum anderen beruht die Forderung nach weltweiter Anerkennung sozialer Grundpositionen auf dem Gedanken eines fairen Wettbewerbs: keine Volkswirtschaft soll durch Ausbeutung der Arbeitnehmer einen Wettbewerbsvorteil erlangen. Diese Erwägungen sind bis auf den heutigen Tag bedeutsam und werden zur Rechtfertigung sozialer Standards herangezogen. Ob diese sozialen Standards im Rahmen der Europäischen Union in Verfassungsrang gehoben werden, ist gerade in diesen Tagen wieder ein Gegenstand der Auseinandersetzungen.

c) Harmonisierung?

Seit Beginn des Europäischen Einigungsprozesses ist der Gedanke einer Angleichung der Sozialsysteme in der Diskussion. Allerdings sind Pläne einer Harmonisierung im Sinne eines einheitlichen europäischen Arbeits- und Sozialrechts schon sehr bald aufgegeben worden zugunsten einer Politik, die auf eine Konvergenz der Systeme bei punktueller Angleichung ausgerichtet ist. Das neue Instrumentarium für eine solche Konvergenzpolitik ist die sog. „Offene Methode der Koordinierung“, die durch einen sorgfältigen Vergleich unterschiedlicher nationaler Regelungen und das Setzen von Benchmarks zu einer inhaltlichen Beeinflussung der nationalen Sozialpolitiken gelangen könnte. Gleichzeitig wird die Offene Methode der Koordinierung dadurch gekennzeichnet, dass die sozialpolitischen Ziele in die wirtschafts- und finanzpolitischen Programme integriert werden sollen und dadurch die Sozialpolitik eine höhere Effektivität gewinnen könnte.

d) Mittelbare Beeinflussung des Arbeits- und Sozialrechts

Das Arbeits- und Sozialrecht in der Gemeinschaft wird nicht nur durch gezielte Rechtsakte der EU, vor allem Verordnungen und Richtlinien, gestaltet, sondern wird auch durch andere Normen und Grundprinzipien des Gemeinschaftsrechts beeinflusst. Bei dem Gleichbehandlungsgrundsatz und dem Diskriminierungsverbot ist das offensichtlich. Vor allem durch die Rechtsprechung des EuGH sind aber auch das europäische Wettbewerbsrecht und die Grundfreiheiten der Gemeinschaft für das Arbeits- und Sozialrecht relevant geworden.

3. Schöpfer internationaler Normen

Besonderheiten im Verhältnis zum nationalen Recht bestehen auch hinsichtlich der Frage, wer die Rechtsnormen schafft. Zwar kann es auch der nationale Gesetzgeber sein, der z.B. Kollisionsnormen kreiert. Typischerweise entsteht internationales Recht jedoch auf anderen Wegen. Soweit nicht ausnahmsweise gewohnheitsrechtliches Völkerrecht vorliegt, können die Staaten durch zwei- oder mehrseitige Vereinbarungen, die häufig in Konventionsform vorformuliert sind, Völkerrecht schaffen. Während das internationale Recht völkerrechtlichen Ursprungs durch die Staaten geschaffen wird und durch Ratifikation innerstaatliche Wirkung erhält, ist der Rechtswirkungsprozess beim supranationalen Recht ein anderer. Durch die Übertragung von Hoheitsrechten an die Europäischen Gemeinschaften werden die Organe dieser Gemeinschaften in die Lage versetzt, im Rahmen der eingeräumten Kompetenzen selbst Recht zu setzen.

Neben der staatlichen Rechtssetzung gibt es – insbesondere im Arbeitsrecht – aber auch nichtstaatliche Normsetzung durch die Sozialpartner. Die Frage ist, ob auch das

internationale Arbeitsrecht dadurch geprägt wird. Die Sozialpartner haben Mitwirkungsrechte bei der Erarbeitung von Richtlinien der Europäischen Gemeinschaft und bei der Normsetzung im Rahmen der IAO. Die Möglichkeiten, darüber hinaus durch die Erarbeitung von grenzüberschreitenden Tarifverträgen und durch Weiterentwicklung der betrieblichen und überbetrieblichen Mitbestimmung in einer globalisierten Wirtschaftswelt Arbeitsrechtsnormen, die die Grenzen überschreiten, zu schaffen, sind bislang noch nicht wirklich genutzt worden. Hier besteht auch im Rahmen der EU noch Handlungsbedarf.

4. Rolle der Gerichte

Für die Weiterentwicklung des internationalen und europäischen Arbeits- und Sozialrechts spielen die Gerichte, vor allem der EuGH, eine besondere Rolle, auf die heute noch intensiv eingegangen werden wird. Insbesondere wird deutlich zu machen sein, worin dieser besondere Beitrag besteht und womit er zu begründen und zu rechtfertigen ist.

Neben dem EuGH sind allerdings auch andere Gerichte für die Entwicklung des internationalen Rechts bedeutsam. Hingewiesen werden soll in diesem Zusammenhang nur auf den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, dessen Rechtsprechung auch für das Arbeits- und Sozialrecht Relevanz hat. Der Gerichtshof leitet aus der Europäischen Erklärung für Menschenrechte, die keine sozialen Grundrechte enthält, Folgerungen aus allgemeinen Freiheits- und Bürgerrechten, wie dem Schutz des Eigentums und dem Verbot von Diskriminierungen, ab, die Auswirkungen auf soziale Positionen, wie etwa Sozialleistungen haben könnten. Diese Rechtsprechung könnte ein Anlass dafür sein, die Unterscheidung von liberalen Freiheitsrechten und sozialen Grundrechten erneut zu überprüfen.

IV. Perspektiven für eine weitere Entwicklung

Gerade in den Tagen des Europäischen Gipfels in Brüssel wird deutlich, dass sehr unterschiedliche Perspektiven für die Entwicklung des europäischen Arbeits- und Sozialrechts denkbar sind. Eine kontinuierliche Weiterentwicklung ist ebenso möglich wie ein Rückschlag. Welche dieser Perspektiven realistisch ist, wird sich erst nach einer gründlichen politischen Analyse des Gipfels und seiner Beschlüsse (oder Nicht-Beschlüsse) klären lassen.

Aber auch auf der Ebene der internationalen Rechtsentwicklung, etwa im Rahmen der IAO oder des Europarates, gibt es Überlegungen über die weitere Entwicklung der arbeits- und sozialrechtlichen Normsetzung.

Langfristig wird es darum gehen, in einer globalisierten Welt auch für Fragen des Arbeits- und Sozialrechts eine Entscheidungsebene zu schaffen, die der wirtschaftlichen Entscheidungsebene entspricht. Darüber hinaus wird vor allem in der EU die Position des Einzelnen als Bürger der EU dadurch zu stärken sein, dass ihm auch eine arbeits- und sozialrechtliche Rechtsposition eingeräumt wird.

Das Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht gemäß der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes mit Beispielen aus dem Arbeits- und Sozialrecht*

Vassilios SKOURIS

Die Europäische Gemeinschaft nimmt unter den Formen zwischenstaatlicher Zusammenarbeit eine Sonderstellung ein. Diese Sonderstellung ergibt sich insbesondere aus ihrem supranationalen Charakter und sie zeigt sich nicht zuletzt auch an der Eigenart des von ihr geschaffenen Rechts.

Das Gemeinschaftsrecht beansprucht Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten und setzt sich im Kollisionsfalle gegenüber dem nationalen Recht durch; es lässt nationales Recht dabei zwar nicht ungültig werden, verhindert aber dessen Anwendung, soweit die Kollision reicht. Aufgrund der unmittelbaren Anwendbarkeit des Gemeinschaftsrechts kann sich der Einzelne vor Behörden und Gerichten auf Gemeinschaftsrecht berufen und die Behörden und die Gerichte sind berechtigt – aber auch verpflichtet – Gemeinschaftsrecht anzuwenden.

Vorrang und unmittelbare Anwendbarkeit gehören zu den wichtigsten Rechtsgrundsätzen des Gemeinschaftsrechts. Sie haben starke Wurzeln, indem sie auf die berühmten Urteile *Costa/E.N.E.L.*¹ und *Van Gend & Loos*² des Europäischen Gerichtshofes aus den sechziger Jahren des letzten Jahrhunderts zurückgehen. Diese Grundsätze, oder auch „Verfassungs“-Prinzipien, sind seither fester Bestandteil des Gemeinschaftsrechts und bestimmen das Verhältnis des nationalen Rechts zum Gemeinschaftsrecht. Sie gehören zum *acquis communautaire*, den alle seither beigetretenen Mitgliedstaaten übernommen haben. Im Folgenden möchte ich auf beide Grundsätze etwas näher eingehen.

I. Unmittelbare Wirkung des Gemeinschaftsrechts

In der Entscheidung *Van Gend & Loos* aus dem Jahre 1963 hat der Europäische Gerichtshof erstmals ausdrücklich zur Frage der unmittelbaren Wirkung des Gemein-

* Vortrag im Rahmen des von der deutschen Ratspräsidentschaft veranstalteten Symposiums „50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht“ am 25. Juni 2007 in Berlin. – Für die Veröffentlichung wurde der Text, unter Beibehaltung der Vortragsform, durchgesehen und um Nachweise ergänzt.

1 EuGH, 6/64, Slg. 1964, 1251 – *Costa/E.N.E.L.*

2 EuGH, 26/62, Slg. 1963, 1 – *Van Gend & Loos*.

schaftsrechts Stellung genommen. Der EG-Vertrag richte sich „nicht nur an die Regierungen, sondern auch an die Völker“. Die Gemeinschaft schaffe „eine neue Rechtsordnung des Völkerrechts, [...] deren Rechtssubjekte nicht nur die Mitgliedstaaten, sondern auch die Einzelnen sind“. Das Gemeinschaftsrecht solle „daher den Einzelnen, ebenso wie es ihnen Pflichten auferlegt, auch Rechte verleihen“. Aufgrund dessen entfaltet das Gemeinschaftsrecht eine unmittelbare Wirkung mit der Folge, dass sich natürliche und juristische Personen auf die ihnen durch den Vertrag verliehenen Rechte berufen können³.

Unmittelbar anwendbar sind demgemäß alle diejenigen Bestimmungen des EG-Vertrages, die klar und unbedingt sind und keiner mitgliedstaatlichen Umsetzung bedürfen. Für eine Vielzahl von Vertragsbestimmungen, insbesondere für die Grundfreiheiten des Binnenmarktes oder den sozialpolitischen und arbeitsrechtlichen Grundsatz des gleichen Entgelts für Männer und Frauen bei gleicher oder gleichwertiger Arbeit hat der Europäische Gerichtshof dies angenommen⁴. Für Verordnungen ergibt sich die unmittelbare Anwendbarkeit schon aus ihrer Definition im EG-Vertrag⁵. Bei Richtlinien liegen die Dinge etwas komplizierter. Sie sind zwar an die Mitgliedstaaten gerichtet; jedoch kann eine Richtlinienbestimmung nach der Rechtsprechung dann unmittelbar angewendet werden, wenn sie inhaltlich unbedingt und hinreichend genau gefasst sind. Ist das der Fall, so kann sich der Einzelne bei fehlender oder unzulänglicher Umsetzung der Richtlinienbestimmung vor den nationalen Behörden und Gerichten auf sie berufen⁶.

Mit dieser Rechtsprechung wird dem Staat die Möglichkeit genommen, sich sein eigenes Versäumnis bei der Richtlinienumsetzung zunutze zu machen und dem Einzelnen Rechte zu verwehren, die dieser bei rechtzeitiger und korrekter Umsetzung haben würde. Dieser Sanktionsaspekt ist einer der Gründe, warum die unmittelbare Anwendbarkeit oder Wirkung nicht grenzenlos sein kann. Denn er macht keinen Sinn gegenüber jemandem, der für die fehlende oder fehlerhafte Umsetzung nicht verantwortlich ist bzw. nicht verantwortlich gemacht werden kann. Wenn die nicht oder nicht korrekt umgesetzte Richtlinienbestimmung eine Verpflichtung für einen Einzelnen betrifft, kann sich daher weder eine andere private Person noch der Staat selbst auf die betreffende Richtlinienbestimmung berufen, mag sie noch so klar und bestimmt sein. Die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung kann somit nur zu Lasten des Staates, aber nicht zu Lasten eines Bürgers gehen.

Auf das Arbeits- und Sozialrecht bezogen heißt das, dass die unmittelbare Anwendbarkeit einer Richtlinienbestimmung im Sozialrecht häufiger als im Arbeitsrecht in Fra-

3 EuGH, 26/62, Slg. 1963, 3 (24/25) – *Van Gend & Loos*.

4 Nachweise bei *Skouris/Kraus*, Die Bedeutung der Grundfreiheiten und Grundrechte für das europäische Wettbewerbsrecht, in: Münchner Kommentar zum europäischen Wettbewerbsrecht, Band 1, 2007 (im Erscheinen), Rz. 283.

5 Art. 249 Abs. 2 EGV.

6 Bspw. EuGH, C-6/90 und C-9/90, Slg. 1991, I-5357, Rz. 11 – *Francovich e.a.*; EuGH, C-62/00, Slg. 2002, I-6325, Rz. 25 – *Marks & Spencer*; EuGH, C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835, Rz. 103 – *Pfeiffer e.a.*

ge kommt. Denn während sich in sozialrechtlichen Streitigkeiten typischerweise Staat und Bürger gegenüberstehen, sind es im Individualarbeitsrecht häufig zwei private Parteien, mit der Folge, dass mit der Verbesserung der Rechtsstellung der einen privaten Seite eine Verschlechterung für die andere private Seite korrespondieren wird.

Die Rechtssache *Pfeiffer* spiegelt diesen Umstand wider. Dort ging es um einen Rechtsstreit zwischen dem Deutschen Roten Kreuz und einigen Rettungsassistenten über die Frage, ob Deutschland die Arbeitszeitrichtlinie im Hinblick auf die zulässigen Höchstarbeitszeiten korrekt umgesetzt hat⁷. Da die unmittelbare Anwendung einer Richtlinie nicht zu Lasten eines Bürgers gehen darf, war es ausgeschlossen, auf die Frage des Arbeitsgerichts Lörrach zu antworten, dass die Richtlinie unmittelbar anzuwenden sei. Der Europäische Gerichtshof gab jedoch dem vorlegenden Gericht auf, genau zu prüfen, inwieweit das nationale Recht richtlinienkonform ausgelegt werden kann, um wenn irgend möglich zu dem von der Richtlinie geforderten Ergebnis zu kommen, ohne dabei die Grenzen zulässiger Auslegung zu überschreiten⁸. Zu diesen Grenzen gehört insbesondere die Wortlautgrenze; eine Auslegung nationalen Rechts *contra legem* ist daher unzulässig⁹.

II. Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts

Auch die Frage, ob das Gemeinschaftsrecht im Falle der Kollision Vorrang vor dem nationalen Recht beanspruchen kann, wurde bereits früh in der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes behandelt.

Im 1964 ergangenen Urteil *Costa/E.N.E.L.* führte der Europäische Gerichtshof aus, dass die Gemeinschaftsrechtsordnung zwar völkervertragsrechtlich zwischen den Mitgliedstaaten begründet worden ist, sie aber nunmehr als autonome Rechtsordnung bestehe. Die somit von der zwischenstaatlichen Gegenseitigkeit abgekoppelten Rechte und Pflichten dürfen nicht einseitig durch später ergehende innerstaatliche Maßnahmen der Mitgliedstaaten beeinträchtigt werden. Die Regel „*lex posterior derogat legi priori*“ gilt daher im Verhältnis zwischen nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht nicht. Wörtlich heißt es in dem Urteil *Costa/E.N.E.L.*: „Aus alledem folgt, dass dem vom Vertrag geschaffenen, somit aus einer autonomen Rechtsquelle fließenden Recht wegen dieser seiner Eigenständigkeit keine wie immer gearteten innerstaatlichen Rechtsvorschriften vorgehen können, wenn ihm nicht sein Charakter als Gemeinschaftsrecht aberkannt und

7 EuGH, C-397/01 bis C-403/01, Slg. 2004, I-8835 – Pfeiffer e.a.

8 Zur richtlinienkonformen Auslegung siehe *V. Skouris*, Rechtswirkungen von nicht umgesetzten EG-Richtlinien und EU-Rahmenbeschlüssen gegenüber Privaten – neuere Entwicklungen in der Rechtsprechung des EuGH, ZEuS 2005, 463 ff.

9 EuGH, C-212/04, Slg. 2006, I-6057, Rz. 110 – Adeneler e.a.

wenn nicht die Rechtsgrundlage der Gemeinschaft selbst in Frage gestellt werden soll.“¹⁰

Der Vorrang wird also nicht vom nationalen Recht und den jeweiligen Ermächtigungsnormen in den nationalen Rechtsordnungen her begründet. Vielmehr wird er als gemeinschaftsrechtlich notwendig angesehen, um die Funktionsfähigkeit der Gemeinschaft innerhalb der Grenzen ihrer Zuständigkeiten zu sichern.

Die mitgliedstaatlichen Gerichte sind daher gehalten, für die volle Wirksamkeit des Gemeinschaftsrechts Sorge zu tragen, indem sie erforderlichenfalls jede – auch spätere – entgegenstehende Bestimmung des nationalen Rechts aus eigener Entscheidungsbefugnis unangewendet lassen. Um dies tun zu können, brauchen sie nicht die vorherige Beseitigung dieser Bestimmung auf gesetzgeberischem Wege oder anderem Wege abzuwarten¹¹. Das gilt gegebenenfalls auch für nationale Verfassungsbestimmungen, wie der Europäische Gerichtshof in einer Entscheidung Anfang der siebziger Jahre präzisierete¹².

In diesem Zusammenhang möchte ich an die Rechtssache *Kreil* erinnern, welche die Frage betraf, ob es mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist, dass in der deutschen Bundeswehr sämtliche bewaffneten Einheiten ausschließlich aus Männern bestehen mussten¹³. Der damalige Art. 12a des Grundgesetzes verbot, dass Frauen Dienst mit der Waffe leisten¹⁴. Für Frau Kreil bedeutete das, dass sie nicht als Elektronikerin in der Bundeswehr arbeiten konnte. Ihre Bewerbung wurde daher abgelehnt. Als sie dagegen klagte, wurde der Europäische Gerichtshof im Wege der Vorabentscheidung mit der Frage befasst und kam zu dem Ergebnis, dass eine nationale Regelung, die Frauen allgemein vom Dienst mit der Waffe ausschließt und ihnen nur den Zugang zum Sanitäts- und Militärmusikdienst erlaubt, mit der Richtlinie über den gleichen Zugang von Männern und Frauen zur Beschäftigung unvereinbar ist. Die Bundesrepublik Deutschland hat daraufhin das Grundgesetz geändert. Die betreffende Verfassungsbestimmung sieht nunmehr vor, dass Frauen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden dürfen¹⁵.

Der Grundsatz des Vorrangs wird auch bei der Auslegung und Anwendung der Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts relevant. Die nationalen Gerichte haben ihrer

10 EuGH, 6/64, Slg. 1964, 1253 (1270) – Costa/E.N.E.L.

11 EuGH, 106/77, Slg. 1978, S. 629 – Simmenthal.

12 EuGH, 11/70, Slg. 1970, S. 1125 – Internationale Handelsgesellschaft: Die Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht könne auch dann nicht in Frage gestellt werden, wenn geltend gemacht wird, dass Grundrechte oder grundlegende Strukturprinzipien der nationalen Verfassung verletzt seien. Prüfungsmaßstab seien in solchen Situationen nicht die allgemeinen Grundsätze des nationalen Rechts, sondern diejenigen des Gemeinschaftsrechts, einschließlich der Gemeinschaftsgrundrechte.

13 EuGH, C-285/98, Slg. 2000, I-69 – Kreil.

14 Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG a.F.: „Sie dürfen auf keinen Fall Dienst mit der Waffe leisten.“

15 Art. 12a Abs. 4 Satz 2 GG in der Fassung des Gesetzes zur Änderung des Grundgesetzes (Artikel 12a) vom 19.12.2000 (BGBl. I S. 1755): „Sie dürfen auf keinen Fall zum Dienst mit der Waffe verpflichtet werden.“

Rechtsprechung diejenige Auslegung des Gemeinschaftsrechts zugrunde zu legen, welche der Europäische Gerichtshof diesen Bestimmungen gegeben hat. Wenn sich im Zuge eines Vorabentscheidungsverfahrens ergeben sollte, dass eine gemeinschaftsrechtliche Vorschrift auf nationaler Ebene bislang in unzutreffender Weise ausgelegt wurde, dann ist dies dort zu korrigieren, auch wenn das die Aufgabe einer langjährigen höchstgerichtlichen Rechtsprechung bedeutet. Denn durch die Auslegung einer gemeinschaftsrechtlichen Vorschrift durch den Europäischen Gerichtshof im Vorabentscheidungswege wird nur klargestellt, in welchem Sinne und mit welcher Tragweite diese Vorschrift seit ihrem Inkrafttreten zu verstehen ist oder gewesen wäre. Daher muss diese Auslegung grundsätzlich auch auf Rechtsverhältnisse, die vor Erlass des auf das Ersuchen um Auslegung ergangenen Urteils entstanden sind, gelten¹⁶.

Die Richtlinie zur Massenentlassung¹⁷ bietet ein aktuelles Beispiel für das Zusammenspiel von nationalen Gerichten und Europäischem Gerichtshof in dieser Hinsicht.

Das Bundesarbeitsgericht hatte den Begriff der „Entlassung“ bisher so verstanden, dass er nicht den Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung, sondern deren Wirksamwerden meint¹⁸. Da zwischen Ausspruch der Kündigung und ihrem Wirksamwerden eine beträchtliche Zeitspanne liegen kann, schon wegen der Kündigungsfristen, kommt diesem Aspekt eine große Bedeutung zu. In der Rechtssache *Junk* entschied der Europäische Gerichtshof auf Vorlage des Arbeitsgerichts Berlin jedoch, dass mit dem Begriff „Entlassung“ im Sinne der Richtlinie der Zeitpunkt des Ausspruchs der Kündigung gemeint ist. Denn die Konsultations- und Anzeigepflichten, die gemäß der Richtlinie vor der Entlassung zu beachten sind und die dem Ziel dienen, Kündigungen zu vermeiden oder ihre Zahl zu verringern, verlören ihren Sinn, wenn sie erst nach dem Ausspruch der Kündigung erfolgen könnten¹⁹. Das Bundesarbeitsgericht hat daraufhin seine Rechtsprechung geändert und legt nun das deutsche, der Umsetzung der Massenentlassungsrichtlinie dienende Recht richtlinienkonform aus, so dass der Begriff der Entlassung im nationalen Recht mit demjenigen der Richtlinie übereinstimmt²⁰.

III. Nationales und Gemeinschaftsrecht als „europäische Rechtsordnung“

Ohne weiter auf die schwierigen und technischen Einzelheiten dieses Beispiels aus dem Arbeitsrecht eingehen zu wollen, möchte ich am Schluss noch einen allgemeineren

16 EuGH, C-453/00, Slg. 2004, I-837, Rz. 21, 22 – Kühne & Heitz; EuGH, C-292/04, Urteil vom 6.3.2007, Rz. 34 – Meilicke.

17 Richtlinie 98/59/EG des Rates vom 20. Juli 1998 zur Angleichung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten über Massenentlassungen (ABl. L 225, S. 16).

18 Nachweise im Urteil des BAG vom 18.9.2003, BAGE 107, 318 = AP Nr. 14 zu § 17 KSchG 1969.

19 EuGH, C-188/03, Slg. 2005, I-885, Rz. 31 ff. – Junk.

20 BAG, Urteil vom 23.3.2006 – 2 AZR 343/05 (Abdruck in BAGE vorgesehen), AP Nr. 21 zu § 17 KSchG 1969, mit Anm. K. Riesenhuber.

Aspekt hervorheben, der bei den von mir angeführten Beispielen schon angeklungen ist. Das Verhältnis von nationalem Recht und Gemeinschaftsrecht lässt sich nämlich nicht auf die Prinzipien der unmittelbaren Anwendbarkeit und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts oder gar auf die Rede von einem hierarchischen Verhältnis von nationalen und Gemeinschaftsgerichten reduzieren. Vielmehr können nationales Recht und Gemeinschaftsrecht nur zusammen die europäische Rechtsordnung schaffen und ausgestalten. Gleiches gilt für die mit der Kontrolle der Rechtsanwendung befassten Gerichte. Es ist daher auch kein Spiel mit Worten, wenn der Europäische Gerichtshof wiederholt zum Ausdruck gebracht hat, dass er sich nicht als allein für die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts zuständig ansieht, sondern diese Aufgabe – ich möchte fast sagen: zuallererst – den mitgliedstaatlichen Gerichten zukommt. Daraus erklärt sich auch die Rede von dem nationalen Richter als dem „juge communautaire de droit commun“ – eine Bezeichnung, die sagen möchte, dass die nationalen Richter Gemeinschaftsrichter sind, und zwar mit einer generellen bzw. umfassenden Zuständigkeit. Ohne eine aktive und sich ihrer Verantwortung bewusste Mitwirkung der mitgliedstaatlichen Gerichte kann das Gemeinschaftsrecht nicht zur Entfaltung kommen.

Daher kann die Aufgabe, mit den Mitteln des Rechts und der Rechtsprechung zum Gelingen der europäischen Integration beizutragen, nur im Wege vertrauensvollen Zusammenwirkens und wechselseitigen Respekts der nationalen Gerichte und des Europäischen Gerichtshofes gelingen.

Zum Verhältnis des nationalen Rechts zum Europarecht nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts

Hans-Jürgen PAPIER

I. Einführung

Die Anwendung europäischen Rechts ist aus unserer täglichen Rechtspraxis kaum hinweg zu denken. In der Konsequenz stellen sich vielfältige Fragen des Verhältnisses von nationalem Recht zum Europarecht. Zu dem Symposium „50 Jahre EU – 50 Jahre Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs zum Arbeits- und Sozialrecht“ haben Sie mich eingeladen, um dieses Thema aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts - und damit des deutschen Verfassungsrechts - zu beleuchten. Dies tue ich sehr gern. Wegen der nur begrenzt zur Verfügung stehenden Zeit muss ich mich allerdings auf eine knappe Darstellung aus der Sicht des Bundesverfassungsgerichts besonders wichtiger Fragestellungen beschränken. Hier rückt zum einen der Grundrechtsschutz gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht und zum anderen die Kontrolle der Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft in den Blick.

II. Grundrechtsschutz gegen sekundäres Gemeinschaftsrecht

Lassen Sie mich zunächst in groben Strichen die Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu den Problemen des Grundrechtsschutzes nachzeichnen. Den Ausgangspunkt bildete der *Solange I-Beschluss* aus dem Jahre 1974¹. Bereits zehn Jahre zuvor, in der Rechtssache *Costa/E.N.E.L.*², hatte der EuGH die Grundsätze der unmittelbaren Geltung und des Vorrangs des Gemeinschaftsrechts als einer eigenständigen Rechtsordnung entwickelt; erst in Ansätzen erkennbar war auf der anderen Seite die Herausbildung eines begrenzenden Gegengewichts zur Rechtsetzung der Gemeinschaft, insbesondere durch grundrechtliche Gewährleistungen. Vor diesem Hintergrund hat sich das Bundesverfassungsgericht in der *Solange I-Entscheidung* die umfassende Prüfung von Gemeinschaftsrecht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes vorbehalten, „solange der Integrationsprozess der Gemeinschaft nicht so weit fortgeschritten ist, dass das Gemeinschaftsrecht auch einen von einem Parlament beschlosse-

1 BVerfGE 37, S. 271ff.

2 EuGH, Rs. 6/64, Slg. 1964, 1251.

nen und in Geltung stehenden formulierten Katalog von Grundrechten enthält, der dem Grundrechtskatalog des Grundgesetzes adäquat ist“³.

Nachdem das Bundesverfassungsgericht im sog. *Vielleicht-Beschluss* aus dem Jahre 1979⁴ eine Überprüfung dieses Vorbehalts in Aussicht gestellt hatte, stellte es dann in dem *Solange II-Beschluss* von 1986⁵ fest, dass „mittlerweile im Hoheitsbereich der Europäischen Gemeinschaft ein Maß an Grundrechtsschutz erwachsen ist, das nach Konzeption, Inhalt und Wirkungsweise dem Grundrechtsstandard des Grundgesetzes im wesentlichen gleichzuachten ist“⁶. Als Konsequenz kehrte das Bundesverfassungsgericht seine „Solange-Formel“ um. „Solange“, so heißt es nunmehr, „die Europäischen Gemeinschaften [...] einen wirksamen Schutz der Grundrechte gegenüber der Hoheitsgewalt der Gemeinschaften generell gewährleisten, der dem vom Grundgesetz als unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutz im wesentlichen gleichzuachten ist, zumal den Wesensgehalt der Grundrechte generell verbürgt, wird das Bundesverfassungsgericht seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht [...] nicht mehr ausüben und dieses Recht mithin nicht mehr am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes überprüfen“⁷.

Sieben Jahre später, im *Maastricht-Urteil* von 1993⁸, hat das Bundesverfassungsgericht seine Rechtsprechung nochmals zusammengefasst und um eine weitere Formel ergänzt. Das Bundesverfassungsgericht übe, so heißt es in der Entscheidung, „seine Gerichtsbarkeit über die Anwendbarkeit von abgeleitetem Gemeinschaftsrecht in Deutschland in einem „Kooperationsverhältnis“ zum Europäischen Gerichtshof aus, in dem der Europäische Gerichtshof den Grundrechtsschutz in jedem Einzelfall für das gesamte Gebiet der Europäischen Gemeinschaften garantiert, das Bundesverfassungsgericht sich deshalb auf eine generelle Gewährleistung der unabdingbaren Grundrechtsstandards beschränken kann“⁹.

Die prozessrechtlichen Konsequenzen wurden in dem *Beschluss zur Bananenmarktordnung* vom Juni 2000¹⁰ verdeutlicht. Das Bundesverfassungsgericht präziserte hier, dass Verfassungsbeschwerden und Vorlagen von Gerichten unzulässig sind, „wenn ihre Begründung nicht darlegt, dass die europäische Rechtsentwicklung einschließlich der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs nach Ergehen der *Solange II-Entscheidung* unter den erforderlichen Grundrechtsstandard abgesunken sei“¹¹.

3 BVerfGE 37, S. 271 (285).

4 BVerfGE 52, S. 187ff.

5 BVerfGE 73, S. 339ff.

6 BVerfGE 73, S. 339 (378).

7 BVerfGE 73, S. 339 (387).

8 BVerfGE 89, S. 155ff.

9 BVerfGE 89, S. 155 (175).

10 BVerfGE 102, S. 147ff.

11 BVerfGE 102, S. 147 (164).

Hinweisen will ich schließlich auch auf einen aktuellen Beschluss des Ersten Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 13. März 2007¹² zum Thema *Emissionshandel*. In diesem Beschluss hat der Senat ausgeführt - übrigens ähnlich wie der französische *Conseil d'État* in seiner Entscheidung vom 8. Februar 2007¹³ in einem vergleichbaren französischen Fall -, dass auch innerstaatliche Rechtsnormen, mit denen Richtlinien des Gemeinschaftsrechts umgesetzt werden, die den Mitgliedstaaten keinen Umsetzungsspielraum belassen, sondern zwingende Vorgaben machen, vom Bundesverfassungsgericht und den Fachgerichten nicht am Maßstab der Grundrechte des Grundgesetzes gemessen werden, solange auf Gemeinschaftsebene der erforderliche Grundrechtsschutz gewährleistet ist. Zur Gewährung effektiven Rechtsschutzes sind die Fachgerichte verpflichtet, solche gemeinschaftsrechtlichen Vorgaben an den Gemeinschaftsgrundrechten zu messen und gegebenenfalls ein Vorabentscheidungsverfahren nach Art. 234 EG durchzuführen. Nach allem ist - so meine ich - ein *modus vivendi* zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof gefunden, der akute Konflikte in Grundrechtsfragen praktisch ausschließt.

III. Kontrolle der Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft

Damit noch nicht geklärt ist allerdings die Problematik, die sich daraus ergibt, dass sich das Bundesverfassungsgericht nach wie vor eine prinzipielle Prüfungskompetenz über das Gemeinschaftsrecht vorbehalten und diese lediglich zurückgestellt hat. Eine solche Prüfungskompetenz ist ohne weiteres gegeben, soweit es um das deutsche Zustimmungsgesetz zur vertraglichen Begründung der Union oder zu Änderungen ihrer vertraglichen Grundlagen und um die damit verbundene Übertragung von Hoheitsrechten geht. Das Bundesverfassungsgericht hat im *Maastricht-Urteil* ausgesprochen, dass der Übertragung von Hoheitsrechten auf die Europäische Union Grenzen gesetzt seien und dass die übertragenen Rechte und das beabsichtigte Integrationsprogramm hinreichend bestimmbar festzulegen seien. Durch die Übertragung von Aufgaben und Befugnissen auf die Union dürfen die Entscheidungs- und Kontrollzuständigkeiten des Deutschen Bundestags nicht in einer Weise entleert werden, die das Demokratieprinzip in seinem unantastbaren Kern (Art. 79 Abs. 3 GG) verletzt. Entscheidend sei ferner, dass die Mitgliedschaft der Bundesrepublik und die sich daraus ergebenden Rechte und Pflichten für den Gesetzgeber voraussehbar im Vertrag umschrieben und durch ihn im Zustimmungsgesetz hinreichend bestimmbar normiert worden seien. Das Erfordernis hinreichender Bestimmtheit der eingeräumten Hoheitsrechte wäre insbesondere dann verletzt, wenn eine Kompetenz-Kompetenz der Europäischen Union begründet würde,

12 1 BvF 1/05.

13 CE N° 287110.

wenn sich – mit anderen Worten – die Europäische Union selbst und ohne vorherige Vertragsänderung weitere Aufgaben und Befugnisse verschaffen könnte¹⁴.

Ist das Integrationsprogramm einmal verbindlich festgelegt, so geht es darum, dass dieses Programm und dessen Grenzen in der Praxis tatsächlich eingehalten werden. Auch Art. I-6 des Entwurfs eines Europäischen Verfassungsvertrags spricht diese Selbstverständlichkeit an, wenn bestimmt wird, dass das Unionsrecht dann Vorrang vor dem Recht der Mitgliedstaaten genießt, wenn es „in Ausübung der der Union übertragenen Zuständigkeiten“ erlassen ist. Das Bundesverfassungsgericht hat zu dieser Frage im *Maastricht-Urteil* eine sehr klare Aussage getroffen. „Würden“, so heißt es dort, „europäische Einrichtungen oder Organe den Unions-Vertrag in einer Weise handhaben oder fortbilden, die von dem Vertrag, wie er dem deutschen Zustimmungsgesetz zugrunde liegt, nicht mehr gedeckt wäre, so wären die daraus hervorgehenden Rechtsakte im deutschen Hoheitsbereich nicht verbindlich. Die deutschen Staatsorgane wären aus verfassungsrechtlichen Gründen gehindert, diese Rechtsakte in Deutschland anzuwenden. Dementsprechend prüft das Bundesverfassungsgericht, ob Rechtsakte der europäischen Einrichtungen und Organe sich in den Grenzen der ihnen eingeräumten Hoheitsrechte halten oder aus ihnen ausbrechen“¹⁵.

Der Vorbehalt des Bundesverfassungsgerichts, „ausbrechende“ Rechtsakte für in Deutschland unverbindlich zu erklären, und die Inanspruchnahme einer prinzipiellen Prüfungskompetenz stehen im Widerspruch zur Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs, der für sich die vorbehaltlose Befugnis zur Letztentscheidung über die Auslegung und Anwendung des Gemeinschaftsrechts in Anspruch nimmt. Dieser Gegensatz beruht im Kern darauf, dass beide Gerichte ihre Positionen von je unterschiedlichen Ausgangspunkten her entwickeln. Von ihren jeweiligen Prämissen aus betrachtet sind beide Positionen in sich schlüssig, untereinander jedoch sind sie unvereinbar.

Das Bundesverfassungsgericht betont, dass Deutschland „auch nach dem Inkrafttreten des Unions-Vertrags Mitglied in einem Staatenverbund“ ist, „dessen Gemeinschaftsgewalt sich von den Mitgliedstaaten ableitet und im deutschen Hoheitsbereich nur kraft des deutschen Rechtsanwendungsbefehls verbindlich wirken kann. Geltung und Anwendung von Europarecht in Deutschland hängen von dem Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes ab“¹⁶. Der Rechtsanwendungsbefehl des Zustimmungsgesetzes zu dem völkerrechtlichen Vertrag, mit dem Hoheitsrechte auf die Gemeinschaft bzw. auf die Union übertragen werden, ist der „Hebel“, mit dem sich das Bundesverfassungsgericht die prinzipielle Prüfungsbefugnis über das Gemeinschaftsrecht eröffnet. Der Europäische Gerichtshof „kappt“ dagegen diese Verbindung. Die Mitgliedstaaten hätten das Gemeinschaftsrecht als eine eigenständige Rechtsordnung mit autonomer Gemeinschaftsgewalt geschaffen. Aus der damit verbundenen Loslösung der Gemeinschaft von ihren völkerrechtlichen und nationalverfassungsrechtlichen

14 Vgl. BVerfGE 89, S. 155 (182ff.).

15 BVerfGE 89, S. 155 (188).

16 BVerfGE 89, S. 155 (190).

Grundlagen folge nicht nur der Vorrang des Gemeinschaftsrechts vor dem nationalen Recht. Diese Autonomie impliziere vielmehr auch, dass gemeinschaftliche Rechtsakte nicht von nationalen Gerichten verworfen werden könnten.

Betonen möchte ich freilich, dass das praktische Konfliktpotential zwischen Bundesverfassungsgericht und Europäischem Gerichtshof auch hinsichtlich der Einhaltung der Kompetenzgrenzen der Gemeinschaft nicht überbewertet werden sollte. Die gegenwärtige Rechtsprechung beider Gerichte wird also nicht vom „Ernstfall“ eines Souveränitätskonflikts geprägt, sondern stellt sich viel eher als eine - im positiven Sinne - konkurrierende Tätigkeit im Prozess der fortschreitenden europäischen Integration durch Recht dar.

IV. Die Mangold-Entscheidung des EuGH

Lassen Sie mich abschließend noch kurz eine im Zweiten Senat des Bundesverfassungsgerichts aus dem Bereich des Arbeitsrechts anhängige Verfassungsbeschwerde ansprechen, die im Zusammenhang mit der bekannten *Mangold*-Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom 22. November 2005¹⁷ zur Befristung von Arbeitsverträgen steht. Wie Sie wissen, ist diese Entscheidung, die das Verbot der Diskriminierung wegen des Alters als einen allgemeinen Grundsatz des Gemeinschaftsrechts ansieht, nicht zuletzt unter dem Gesichtspunkt der Kompetenz des Gerichtshofs bzw. der Gemeinschaft in der Literatur durchaus auch auf Kritik gestoßen¹⁸. Ein Urteil des Bundesarbeitsgerichts vom 26. Mai 2006¹⁹ zur wirksamen Befristung eines Arbeitsverhältnisses folgt demgegenüber der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs und stellt fest, der Gerichtshof habe mit der Entscheidung nicht die mit den deutschen Zustimmungsgesetzen auf die Gemeinschaft übertragenen Kompetenzen überschritten.

Gegen dieses Urteil wendet sich der beklagte Arbeitgeber mittels der Verfassungsbeschwerde²⁰ und trägt zur Begründung unter anderem vor, dass es sich bei der *Mangold*-Entscheidung um einen ausbrechenden Rechtsakt des Europäischen Gerichtshofs handele.

17 EuGH NJW 2005, S. 3695ff.

18 So titelte etwa *Bauer*, NZA 2005, S. 800ff. „Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH“.

19 BAG NZA 2006, S. 1162ff.

20 2 BvR 2661/06.

Diskussionsbericht zu Teil I

Diskussionsleitung: *Pauliine KOSKELO*

Im Anschluss an den Vortrag von *Papier* wurde unter Bezugnahme auf die Einführung *Münzfehlungen* und von *Maydells* Referat nochmals betont, dass das Gemeinschaftsrecht viele Regelungen im Bereich der Finanz- und Wirtschaftspolitik trifft, während Sozial- und Arbeitsrecht größtenteils Sache des nationalen Gesetzgebers sind. Dieses Ungleichgewicht führe auf europäischer Ebene zu einer schwachen Position sozialer Rechte, gerade auch in gerichtlichen Verfahren, und mache es für Gewerkschaften auf europäischer Ebene schwer, als politisches Gegengewicht auf die zunehmende Öffnung der Märkte zu reagieren. So seien gerade die für Gewerkschaften so wichtigen Bestimmungen über Arbeitskampfmaßnahmen ausschließlich auf nationaler Ebene geregelt. Daher wurde Präsident *Skouris* gefragt, ob sich der EuGH aufgrund der Kompetenzverteilung im Vertrag von Amsterdam daran gehindert sieht, dem eben geschilderten Ungleichgewicht von Finanz- und Wirtschaftspolitik auf der einen und Sozial- und Arbeitsrecht auf der anderen Seite etwas entgegenzusetzen und ob die auf dem Brüsseler Gipfel im Juni 2007 beschlossene Einbeziehung der Grundrechtecharta hier eine Verbesserung bedeute. *Skouris* erwiderte darauf, dass er sich bei der Beurteilung von solchen Entwicklungen des Gemeinschaftsrechts eine gewisse Vorsicht angeeignet habe, gerade auch eingedenk des Schicksals des Europäischen Verfassungsvertrags, der im Oktober 2004 von allen Regierungschefs in Rom feierlich unterschrieben wurde. Das bisherige Nichtinkrafttreten der Charta habe jedoch den EuGH nicht daran gehindert, seine gut funktionierende Rechtsprechung zum Arbeits- und Sozialrecht kontinuierlich fortzuführen und fortzuentwickeln, was zahlreiche Beispiele aus den vergangenen 50 Jahren zeigten. Eine verbindliche Geltung der Charta würde aber dennoch einen immensen Fortschritt bedeuten, da es im Interesse eines jeden Richters sei, auf der Grundlage von klaren und fundierten Rechtsquellen entscheiden zu können. In diesem Zusammenhang bemerkte *Skouris* noch zur viel kritisierten Rechtsprechung des EuGH im Fall *Mangold*, dass der Gerichtshof diesen Fall auf Grundlage eindeutiger Rechtsquellen entschieden habe. Denn die Frage fehlender Diskriminierung oder Nichtdiskriminierung wegen Alters sei keine Erfindung des Gerichtshofs, sondern eine des Gesetzgebers, die der EuGH dann nur konsequent angewendet habe. Generell dürfe sich der Gesetzgeber nicht darüber wundern, wenn von ihm beschlossene Regelungen von den Gerichten auch angewendet würden.

Im Anschluss an diese pointierte Bemerkung über das Verhältnis von Gesetzgebung und Rechtsprechung wurde festgestellt, dass 50 Jahre Europäische Gemeinschaft auch 50 Jahre der Multilateralisierung des internationalen Sozialrechts bedeuteten. So regelte schon die VO EWG/3/58 als einer der ersten Rechtsetzungsakte der Europäischen Ge-

meinschaft, dass die internationalen Wirkungen nationalen Sozialrechts durch multilaterales Recht bestimmt würden. Dies sei eine großartige Errungenschaft und ein überzeugendes Beispiel dafür, wie weit die Internationalisierung von Sozialpolitik fortgeschritten sei.

Daraufhin beschäftigte sich die Diskussion mit der Frage, wie sich das Deutsche Grundgesetz, das keine sozialen Grundrechte kennt, zur umfassenden Grundrechtecharta verhält, die Bestandteil des beim Gipfel von Brüssel erarbeiteten Reformvertrages (von Lissabon) ist, dessen Art. 2 Regelungen über Solidarität mit einer Fülle an sozial- und arbeitsrechtlichen Gewährleistungen trifft. Dazu führte *Papier* aus, dass der Gesetzgeber des Grundgesetzes Wert darauf gelegt habe, nur justiziable Grundrechte zu formulieren, die subjektive, einklagbare Rechte des Einzelnen begründen können. Insbesondere habe er davon abgesehen, sogenannte soziale Grundrechte und Programmsätze, die in vielen Grundrechts- und Menschenrechtskatalogen zu finden sind, aufzunehmen, weil solche zwar ganz unterschiedliche sozialpolitische oder gesellschaftspolitische Verheißungen enthielten, jedoch keine subjektiven Rechte gewähren könnten. Dieser Befund treffe auch auf die sozialen Grundrechte und programmatischen Aussagen der Grundrechtecharta zu. Die Frage, welche Grundrechtspolitik ein Gesetzgeber wähle, sei letztlich eine Gewissensfrage. Jedoch sei man in Deutschland in den vergangenen über fünf Jahrzehnten mit dem sparsamen Grundrechtskatalog des Grundgesetzes gut gefahren. So habe sich der deutsche Sozialstaat auch ohne soziale Grundrechte hervorragend entwickelt, gerade auch im Vergleich zu etlichen Staaten, deren Verfassungen einen ganz umfangreichen Katalog verheißungsvoller Programmatik enthielten. Daher könne und solle sich das deutsche Verfassungsrecht auch in Zukunft bei der Formulierung von Grundrechten in bescheidener Zurückhaltung üben. Zusammenfassend fügte *Papier* noch hinzu, dass durch soziale Grundrechte auf Gemeinschaftsebene zwar keine echten subjektiven Rechte begründet werden könnten, dass dadurch aber gleichzeitig die Gemeinschaftskompetenzen und damit die Kompetenzen des EuGH erweitert würden. Somit gelte als Folge einer stärkeren Kodifizierung von Gemeinschaftsrecht das, was auch Kollege *Skouris* in der Diskussion schon treffend zum Ausdruck gebracht habe: Wer Gemeinschaftsrecht sät, wird Prozesse vor dem EuGH ernten.

Markus SCHÖN

Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Arbeitsrecht aus der Sicht eines deutschen Arbeitsrichters

Hellmut WlßMANN

In der Landschaft des Arbeitsrechts hat der EuGH eine Menge deutlicher Markierungspunkte gesetzt. Sie finden sich überaus reichhaltig und detailliert zu den Verboten der Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit und des Geschlechts sowie zum Betriebsübergang. Auch zu einzelnen Aspekten des Arbeitszeitrechts und des Rechts der Massenentlassung hat sich der Gerichtshof mehrfach geäußert, allenfalls sporadisch dagegen zu anderen Teilen des Arbeitsrechts, fast gar nicht zum kollektiven Arbeitsrecht. Es kann nicht mein Ehrgeiz sein, die Inhalte dieser Rechtsprechung zu beschreiben. Dazu reicht die Zeit nicht, außerdem sind Persönlichkeiten unter uns, die hierzu viel eher berufen wären. Meine Aufgabe sehe ich vielmehr darin, einige Anmerkungen zur Rezeption der EuGH-Rechtsprechung im deutschen Arbeitsrecht, besonders auch in der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts, zu machen.

I. Der EuGH als Impulsgeber im Arbeitsrecht

Die Rechtsprechung des EuGH bildet kein geschlossenes Orientierungssystem. Der Gerichtshof könnte ein solches auch gar nicht schaffen. Das liegt nicht nur daran, dass Gerichte immer nur die Fragen beantworten können, die in Prozessen an sie herangetragen werden. Fast noch wichtiger ist im Fall des EuGH, dass das Arbeitsrecht der EG kein umfassendes, nach einer Gesamtkonzeption gestaltetes Regelwerk ist. Vielmehr besteht es aus Regelungsinselfn, zwischen denen es oft kaum Beziehungen gibt. Das ist im EG tendenziell so angelegt, wenn man auch bei der Lektüre des Grünbuchs Arbeitsrecht der Kommission auf andere Gedanken kommen könnte. Ich erinnere an das Subsidiaritätsprinzip des Art. 5 EG, das auch in Art. 137 EG seinen Ausdruck findet: Danach beschränkt sich die Kompetenz der Gemeinschaft zur Setzung arbeitsrechtlichen Sekundärrechts darauf, die Tätigkeit der Mitgliedstaaten zu unterstützen und zu ergänzen; Arbeitsentgelt, Koalitionsrecht und Arbeitskampfrecht sind ganz ausgenommen. Der EG enthält also eine Überlebensgarantie für das nationale Arbeitsrecht. Überdies setzt das Gemeinschaftsrecht meist nur Mindeststandards, die vom nationalen Arbeitsrecht oft übertroffen werden, z.B. im Betriebsverfassungsrecht. Die notwendige Orientierung erfährt der Anwender des Arbeitsrechts daher nur aus dem Zusammenspiel von europäischer und innerstaatlicher Normsetzung sowie von europäischer und nationaler Judikatur. Damit ist übrigens die gelegentlich gestellte Frage, ob denn das BAG in einem im-

mer stärker europäisch durchwirkten Arbeitsrecht künftig bedeutungslos werde, klar zu verneinen.

In diesem Rahmen verdanken wir dem EuGH allerdings kraftvolle Impulse. Denken Sie nur an den Kampf gegen die Diskriminierung wegen des Geschlechts: Er wäre bei uns ohne den Druck des Gemeinschaftsrechts, in seiner Konkretisierung durch den EuGH, sicher viel weniger effektiv geführt worden. So hat der deutsche Gesetzgeber lange geglaubt, als Sanktion im Fall der Ablehnung einer Bewerberin wegen des Geschlechts genüge ein Anspruch auf Ersatz der Kosten des Bewerbungsschreibens. Erst beharrliches Bohren auf der Grundlage von Urteilen des EuGH¹ führte zu einer wirksamen Sanktionsregelung.

Oder nehmen Sie das Verbot der mittelbaren Diskriminierung: Heute ist die Erkenntnis Allgemeingut, dass eine solche Diskriminierung keine Diskriminierungsabsicht des Handelnden voraussetzt, also keinen böswillig handelnden Arbeitgeber. Die Diskriminierung ist vielmehr anhand objektiver Kriterien feststellbar, die sich auf die Auswirkungen einer Handlung oder Rechtsnorm beziehen². Dass sich diese Erkenntnis bereits seit den späten achtziger Jahren auch in Deutschland immer mehr durchgesetzt³ und damit den Diskriminierungsverboten zu einer bis dahin unvorstellbaren Breitenwirkung verholfen hat, verdanken wir dem überzeugenden Druck der Rechtsprechung des EuGH: zunächst vorsichtig im Urteil „Jenkins“⁴, dann entschieden in den Urteilen „Bilka“⁵ und „Rinner-Kühn“⁶.

Diese Beispiele weisen auf ein Element, das die gesamte Rechtsprechung des EuGH durchzieht: den Grundsatz, nach dem Normen des Gemeinschaftsrechts so auszulegen sind, dass sie größtmögliche Wirksamkeit entfalten, also die Lehre vom „effet utile“⁷. Zwar gehört schon seit langem auch zum Auslegungskanon deutscher Richter an prominenter Stelle der Normzweck. Bei der Ermittlung und Durchsetzung dieses Zwecks wird aber nach deutscher Methodenlehre dem Wortlaut der Norm wesentlich höhere Bedeutung beigemessen, als das der EuGH hinsichtlich des Gemeinschaftsrechts tut. Er emanzipiert sich oft bemerkenswert weit vom Normtext, der in seiner Vielsprachigkeit auch wenig verlässlich ist. Der EuGH vertraut mehr auf teleologische Erwägungen.

Plastisch wird das im Urteil „Kühne & Nagel“⁸: Die Richtlinie über Europäische Betriebsräte stattet nationale Arbeitnehmervertretungen mit Unterstützungsansprüchen

- 1 EuGH v. 10. 4. 1984, Rs. 14/83 „v. Colson u. Kamann“, AP BGB § 611 a Nr. 1; v. 8. 11. 1990, Rs. 177/88 „Dekker“, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 23.
- 2 Seit einigen Jahren ist das auch im Sekundärrecht der EG ausdrücklich geregelt, s. nur Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/43/EG und Art. 2 Abs. 2 Buchst. b der Richtlinie 2000/78/EG.
- 3 Z.B. BAG v. 14. 10. 1986, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 11; v. 2. 12. 1992, AP BAT § 23 a Nr. 28.
- 4 EuGH v. 31. 3. 1981, Rs. 96/80, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 2.
- 5 EuGH v. 5. 6. 1984, Rs. 170/84, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 3.
- 6 EuGH v. 13. 7. 1989, Rs. 171/88, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 16.
- 7 Z.B. EuGH v. 29. 3. 2001, Rs. C-62/99 „bofrost“, AP EWG-Richtlinie 94/45 Nr. 2.
- 8 EuGH v. 13. 1. 2004, Rs. C-440/00, AP EWG-Richtlinie 94/45 Nr. 3.

gegen die Konzernspitze aus, damit sie für die Unternehmensgruppe die Errichtung eines Europäischen Betriebsrats ins Werk setzen können. Diese Ansprüche umfassen u. a. Informationen über Standorte und Arbeitnehmerzahlen anderer Unternehmen der betreffenden Gruppe. Sitzt allerdings die Spitze der Unternehmensgruppe in einem Drittstaat, so scheidet sie als Anspruchsschuldnerin aus. Nach der Richtlinie ist dann ein nachgeordnetes Unternehmen mit Sitz innerhalb der EG in Pflicht zu nehmen. Wie dieses Unternehmen an die geschuldeten Informationen kommt, falls die anderen Unternehmen der Gruppe nicht kooperationswillig sind, ergibt sich aus dem Wortlaut der Richtlinie nicht. Im Umgang mit nationalem Recht würde der deutsche Richter in einer solchen Situation lange darüber nachdenken, ob insoweit eine unbeabsichtigte Regelungslücke vorliegt, diese dann vielleicht bejahen, aber mit Bauchgrimmen (immerhin hat die Norm den Fall der Unternehmensgruppe mit Spitze in einem Drittstaat ja in den Blick genommen), und mit noch mehr Bauchgrimmen zur Lückenfüllung schreiten, indem er analog dem Unterrichtsanspruch des nationalen Betriebsrats gegen das verpflichtete Unternehmen Auskunftsansprüche dieses Unternehmen gegenüber den anderen Unternehmen der Gruppe erkennt.

Da war der EuGH viel unbefangener, fragte nicht nach Lücken und stellte einfach fest: Die Richtlinie funktioniere nur richtig, wenn das dem Betriebsrat gegenüber verpflichtete Unternehmen von den anderen Unternehmen unterstützt werde; also habe es entsprechende Unterstützungsansprüche.

Dieses Vorgehen des EuGH beeinflusst das Denken der nationalen Richter. Es verdeutlicht ihnen immer wieder, dass sie das Gemeinschaftsrecht mit den aus dem nationalen Recht vertrauten Auslegungsmethoden nicht richtig erfassen können⁹. Damit werden sie zu Vorlagen an den EuGH ermutigt: Sie können ihn nach einer Auslegung von Gemeinschaftsrecht fragen, die sie bezogen auf nationales Recht möglicherweise nicht in nähere Erwägung gezogen hätten¹⁰. Und obwohl für die Auslegung innerstaatlichen Rechts die Methodenlehre der jeweiligen Rechtsordnung maßgeblich bleibt¹¹, ist es doch nicht auszuschließen, dass unter dem Eindruck der EuGH-Rechtsprechung auch hier teleologische Gesichtspunkte weiter an Bedeutung gewinnen, etwa bei der richtlinienkonformen Auslegung nationaler Vorschriften.

9 Nachdrücklich auch BVerfG v. 9. 1. 2001, NJW 2001, 1267 f.

10 Vgl. im Fall Kühne & Nagel BAG v. 27. 6. 2000, AP EWG-Richtlinie 94/45 Nr. 1.

11 Z.B. EuGH v. 4. 7. 2006, Rs. C-212/04 „Adeneler“, AP Richtlinie 99/70/EG Nr. 1.

II. Reibungen

1. Anwendung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts

Mit diesem Stichwort sind wir bei Fragen der Anwendung und Durchsetzung des Gemeinschaftsrechts angelangt. Diese sind gerade im Arbeitsrecht immer wieder Gegenstand von Urteilen des EuGH. Das liegt daran, dass wir es im geschriebenen Arbeitsrecht der Gemeinschaft fast ausschließlich mit Richtlinien zu tun haben, sieht man einmal von den primärrechtlichen Diskriminierungsverboten wegen der Staatsangehörigkeit (Art. 39 EG) und des Geschlechts (Art. 141 EG) ab.

Nun sind Richtlinien im Verhältnis zwischen privaten Arbeitgebern und deren Arbeitnehmern nicht unmittelbar anwendbar; ihre Inhalte werden vielmehr erst dann für das Arbeitsverhältnis maßgeblich, wenn sie vom nationalen Recht aufgenommen sind. Das ist zwar nicht unumstritten: Der EuGH wird immer wieder gedrängt, Richtlinien unmittelbare Wirkung zwischen Privaten zuzuerkennen. Er ist diesen Vorschlägen, mit denen die Kompetenzordnung der EG umgestürzt würde, aber zu Recht nicht gefolgt¹² (die insoweit gegenüber öffentlichen Arbeitgebern geltenden Besonderheiten¹³ lasse ich außer Betracht).

Als wichtigstes Instrument zur Durchsetzung von EG-Arbeitsrecht erweist sich die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung des deutschen Rechts. Hier fühlen wir uns heimisch, ist uns doch das Gebot der verfassungskonformen Auslegung einfachen Rechts schon lange vertraut. Letztere ist allerdings negativ definiert: Sie schließt von mehreren möglichen Auslegungen des einfachen Rechts diejenigen aus, nach denen es gegen Gewährleistungen des Grundgesetzes verstoßen würde. Die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung hat dagegen positiven Gehalt und ist daher anspruchsvoller: Das nationale Recht ist so auszulegen, dass es das Regelungsziel der Richtlinie erreicht. Insoweit achtet der EuGH aber sorgfältig auf die Balance im Zusammenspiel zwischen Gemeinschaftsrecht und nationalem Recht, das in der Richtlinie angelegt ist: Da Gegenstand der richtlinienkonformen Auslegung das nationale Recht ist, bleibt auch insoweit dessen Methodenkanon maßgeblich. Eine danach unzulässige Auslegung *contra legem* wird dem innerstaatlichen Richter nicht angesonnen¹⁴. Schlimmstenfalls muss er auch richtlinienwidriges nationales Recht anwenden¹⁵.

Dieser einfachen Feststellung muss ich gleich ein „Aber“ hinterher schicken, das die Dinge kompliziert. In letzter Zeit hat nämlich in der arbeitsrechtlichen Judikatur des

12 S. EuGH v. 14. 7. 1994, Rs. C-91/92 „Faccini Dori“, Slg. 1994, I-3347, 3355 f.; v. 5. 10. 2004, Rs. C-397/01 „Pfeiffer“, AP EWG-Richtlinie 93/104 Nr. 12; 4. 7. 2006 (Fn. 11); ebenso z.B. BAG v. 18. 2. 2003, AP BGB § 611 Arbeitsbereitschaft Nr. 12.

13 Z.B. EuGH v. 4. 10. 2001, Rs. C-438/99 „Jiménez Melgar“, AP EWG-Richtlinie 92/85 Nr. 3.

14 EuGH v. 5. 10. 2004 (Fn. 12); v. 4. 7. 2006 (Fn. 11).

15 Z.B. BAG v. 18. 2. 2003 (Fn. 12).

EuGH eine weitere Rechtsquelle an Bedeutung gewonnen: Das sind die ungeschriebenen Grundsätze des Gemeinschaftsrechts, die primärrechtliche Qualität haben. In der Natur von Ungeschriebenem liegt es, dass es besonders dunkel erscheint und den einen an die Wundertüte denken lässt, den anderen an die Büchse der Pandora. Besonders ein Urteil hat hierzulande für einiges Rätselraten gesorgt, der vieldiskutierte Fall „Mangold“¹⁶: Es ging u.a. darum, ob ein deutsches Arbeitsgericht die Befristung eines Arbeitsverhältnisses als wirksam behandeln darf, wenn diese nicht auf einen – sonst erforderlichen – sachlichen Grund gestützt ist, sondern allein darauf, dass der Arbeitnehmer mindestens 52 Jahre alt ist. Das deutsche Recht (§ 14 Abs. 3 TzBfG) ließ das damals zu. Damit verstieß es, wie der EuGH ausführlich darlegt, gegen das Verbot der Altersdiskriminierung in der Richtlinie 2000/78/EG. Nach dieser Feststellung wandte sich der Gerichtshof allerdings nicht der Frage des vorlegenden Gerichts nach der Anwendbarkeit richtlinienwidrigen Rechts zu, sondern einer höheren Normenebene: Er erkannte, dass das Verbot der Altersdiskriminierung seinen Ursprung in den gemeinsamen Verfassungstraditionen der Mitgliedstaaten habe und daher ein allgemeiner Grundsatz des Gemeinschaftsrechts sei. Abschließend stellte er fest, dass entgegenstehendes nationales Recht unangewendet bleiben müsse, wobei er wieder auf die Unvereinbarkeit mit der Richtlinie verwies.

Die Konfusion bei uns war groß: Was ist das für ein allgemeiner Grundsatz, den man – jedenfalls in seiner Ausformung durch die Richtlinie 2000/78/EG – bisher in der Verfassung nicht so recht wahrgenommen hatte?¹⁷ Oder hatte uns der EuGH jetzt doch aufgeben wollen, richtlinienwidriges nationales Recht generell unangewendet zu lassen? Oder meinte er das nur für den Fall eines Verstoßes gegen das „Frustrationsverbot“, der uns seit dem Urteil „Inter-Environnement Wallonie“¹⁸ vertraut ist? Für eine Erörterung dieser Fragen ist hier kein Raum. Sie verdeutlichen aber ein Anliegen, mit dem ich zum letzten Abschnitt meiner Bemerkungen gelange, der Zusammenarbeit des Bundesarbeitsgerichts mit dem Europäischen Gerichtshof.

2. Kooperation des BAG mit dem EuGH

Wie der EuGH immer wieder zu Recht betont, entscheidet er im Vorabentscheidungsverfahren nicht über den Ausgangsrechtsstreit¹⁹; das bleibt Sache der nationalen Gerichte. Der Gerichtshof gibt vielmehr mit hoher Autorität Auskunft über den Inhalt von Gemeinschaftsrecht. Das scheint mir ein gewisses Maß an Klarheit auch über den Einzelfall hinaus zu gebieten. Für das Urteil über die Klage von Herrn Mangold mag es

16 EuGH v. 22. 11. 2005, Rs. C-144/04, AP Richtlinie 2000/78/EG Nr. 1.

17 Bemerkenswert kritisch hierzu Schlussanträge von GA Mazák vom 15. 2. 2007 in Rs. C-411/05 „Palacios de la Villa“.

18 EuGH v. 18. 12. 1997, Rs. C-129/96, Slg. 1997, I-7411, 7449.

19 Z.B. EuGH v. 31. 5. 1995, Rs. C-400/93 „Royal Copenhagen“, AP EWG-Vertrag Art. 119 Nr. 68.

dem Arbeitsgericht gereicht haben zu erfahren, dass es die Vorschrift über die Zulässigkeit der sachgrundlosen Befristung von Arbeitsverhältnissen mit Arbeitnehmern mit 52 Jahren unangewendet zu lassen hat. Aber die Frage, ob sich das aus der vorrangigen Anwendung eines ungeschriebenen Grundsatzes des Primärrechts, aus dem Frustrationsverbot des Art. 10 EG oder aus einem Verbot der Anwendung richtlinienwidrigen nationalen Rechts ergibt, kann nicht offen bleiben. Wegen der unterschiedlichen Reichweite dieser Regeln ist nicht einmal auszuschließen, dass sie schon im Ausgangsverfahren Bedeutung erlangt. Jedenfalls ist diese Frage, da sie die Grundlagen der Anwendung von Gemeinschaftsrecht betrifft, für eine Vielzahl anderer Verfahren entscheidungserheblich.

Ich möchte nicht missverstanden werden: Dies ist kein Plädoyer dafür, dass der EuGH über die ihm vorgelegten Fragen hinaus Kommentierungen zum Gemeinschaftsrecht liefern soll. Betätigt er sich aber auf einem Terrain, das wir nach seiner bisherigen Rechtsprechung für kartographisch erfasst halten dürfen – im Fall Mangold: die Behandlung richtlinienwidrigen Rechts –, dann sollten die nationalen Richter darauf vertrauen dürfen, dass der Gerichtshof auf Kurskorrekturen ausdrücklich hinweist und bereits Geklärtes nicht in Frage stellt, ohne die nunmehr angestrebte Lösung aufzuzeigen. Auch könnte es trotz der verständlichen Scheu des EuGH vor vertiefter dogmatischer Fundierung seiner Urteile bei der Heranziehung ungeschriebener Rechtsgrundsätze hilfreich sein, Wurzeln und Reichweite des jeweiligen Grundsatzes wenigstens so weit zu umschreiben, dass die innerstaatlichen Gerichte erkennen können, wann sie über seine Anwendung nachzudenken haben.

Schließlich haben die Urteile des Gerichtshofs weit über das Ausgangsverfahren hinaus nicht nur große faktische Bedeutung, wie sie uns auch aus der Rechtsprechung von Revisionsgerichten vertraut ist. Auch rechtlich wirken sie über dieses Verfahren hinaus, denn die vom EuGH erteilten Auskünfte begrenzen, indem sie klärend wirken, die Vorlagepflicht der letztinstanzlichen innerstaatlichen Gerichte. Wie hoch das einzuschätzen ist, erhellt der Blick in Urteile des BAG, deren Begründungen sich mit zunehmender Häufigkeit auch auf Entscheidungen des EuGH stützen. Darüber hinaus kann die Feststellung eines – wie im Fall Mangold bisher unvermuteten – ungeschriebenen Rechtsgrundsatzes eine Vorlagepflicht erst sichtbar machen.

III. Conclusio

In der Summe lässt sich allerdings feststellen, dass die Kooperation der deutschen Arbeitsgerichtsbarkeit mit dem EuGH gut funktioniert und auch auf deutscher Seite vom Bestreben getragen ist, dem Gemeinschaftsrecht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Natürlich folgt das BAG dem EuGH. Wenn dies im Ausnahmefall erst nach zweifelnder

Nachfrage und erneuter, konkretisierender Auskunft des EuGH geschieht²⁰, so ist das nur Ausdruck der im Verhältnis zwischen dem innerstaatlichen und dem Gemeinschaftsrecht angelegten Spannungen.

20 Instrukтив der Ablauf im Fall Paletta: EuGH v. 3. 6. 1992 Rs. C-45/90 „Paletta I“, AP EWG-Verordnung 574/72 Art. 18 Nr. 1; BAG v. 27. 4. 1994, AP LohnFG § 1 Nr. 100; EuGH v. 2. 5. 1996, Rs. C-206/94 „Paletta II“, AP EWG-Verordnung 574/72 Art. 18 Nr. 2; BAG v. 19. 2. 1997 AP, EWG-Verordnung 574/72 Art. 18 Nr. 3.

Habent sua fata libelli (= Decisiones)

Marko ILEŠIČ

I. *Audiat et altera pars*

The case-law of the European Court of Justice (hereinafter the “ECJ”) undoubtedly has a significant influence on the judicial (as well as legislative) activity of member states. Its decisions are perceived with different feelings and cause different reactions. By reactions in this context, I do not mean those of the parties who are directly concerned by a judgment, i.e. member states, European institutions, or the persons who are involved either directly in the procedure before the ECJ or indirectly through a national judicial procedure where the national court refers a preliminary ruling to the ECJ. Indeed, their reactions are also interesting; typical, above all, are the reactions to procedures against member states who are obliged to respect decisions on the basis of Article 10 of the EC Treaty.

In this article, I would like to mention some opinions expressed by the academic community in the course of reactions to decisions of the ECJ. Taking into account that I have been kindly invited to comment on some questions about our case-law in the area of labour law, I would like to take this opportunity to limit my presentation to the case-law which has recently attracted significant attention in terms of theory and which will be a “continued” in the case-law.

Probably you have already guessed that I will speak about the challenges which have been posed by the judgment of the ECJ in the *Mangold* case,¹ which has already been mentioned today. It goes without saying that I can only comment on my own behalf and not on that of the ECJ. And the fact that I was a member of the chamber which decided the case in no way means that I would reveal anything that could violate the judge’s oath of confidentiality.

Do not get me wrong, I am not commenting on this judgment because I am offended. Quite the opposite is true: the judgment is a confirmation of the statement that the ECJ is an important *Impulsgeber* (impulse giver) (also) in the area of labour law. And finally, such a vivid response in the literature² is sufficient proof of this.

1 C-144/05, 22.11.2005.

2 My research has found more than 50 published articles. Only in the small country of Slovenia two articles on this case were recently published. *Korpič Horvat*: Diskriminacija pri zaposlovanju zaradi starosti, in: *Delavci in delodajalci*, 2-3/2007, p. 313-328; *Kresal*: Prepoved diskriminacije na področju dela v luči prakse Sodišča ES, in: *Prepoved diskriminacije*, Ljubljana 2007, p. 45-66.

I consider it important to stress that the ECJ takes account with all due seriousness of the arguments of the parties participating in the procedure and less seriously of the opinions of doctrine, and that it is sensitive to critics, although such criticism is sometimes expressed in quite an unusual way. Thus it has been written about the above mentioned judgment that it was “surprenant (surprising)”,³ “unconvincing”,⁴ “mystérieux (mysterious)”,⁵ and also that it ranged “de l’apostasie à l’hérésie (from apostasy to heresy)”,⁶ that it was a “horreur juridique (legal horror)”,⁷ “Missbrauch (misuse)”,⁸ and, of course, “ein Stück aus dem Tollhaus (a piece from the madhouse)”⁹, etc., etc.

And my intention is, of course, not to defend the correct solution of the judgment. However, I believe that in analysing the commentaries on the judgment in the *Mangold* case, it is possible to ascertain the impulses that may, with the common efforts of national and European legislators as well as the legal profession, contribute to further developments of European (labour) law.

II. *Quod capita tot sententiae*

The judgment in the *Mangold* case contains a judicial assessment of numerous legal questions, some of which exceed the area of labour law. It seems that some commentators find in that judgment opinions which can hardly result from its usual reading. A superficial overview of the positive and the negative commentaries on the judgment shows that the latter take precedence; however, I think it important that the discussion produced several new ideas.

Considering that today’s discussion does not leave room for a detailed analysis of open questions, I would only like to enumerate them. The greater focus will be on the most sensitive question that largely concerns the development of labour law.

1. Is the new general principle of the prohibition of discrimination on the rise?

3 *Muir*, La jurisprudence de la Cour de justice et du Tribunal de première instance. Chronique des arrêts. Arrêt Werner Mangold c. Rüdiger Helm, “Mangold”, *Revue du droit de l’Union européenne* 2006 n° 2 p.466, 470.

4 *Riesenhuber*, Case Note ECJ – Mangold, *European Review of Contract Law* 2007 Vol.3 No.1 p.62, 66.

5 *Dubos*, La Cour de justice, le renvoi préjudiciel, l’invocabilité des directives : de l’apostasie à l’hérésie ?, au sujet de : CJCE, 22 novembre 2005, aff. C-144/04, *in* : La semaine juridique, édition générale, 28 juin 2006, n° 26, II-10107, p. 1293, 1297.

6 *Dubos*, La semaine juridique 2006, p. 1293.

7 *Dubos*, La semaine juridique 2006, p. 1293, 1297.

8 *Hunold*, Altersbefristungen nach § 14 III TzBfG – Missbrauch des EuGH, *NJW-Editorial*, Heft 34/2005, p. III

9 *Bauer*, Ein Stück aus dem Tollhaus: Altersbefristung und der EuGH, *NZA* 2005, p. 800.

This principle may develop in the direction of a general principle that may have an important influence on today's understanding of the prohibition of discrimination in the area of labour.

In para. 75 of the *Mangold* judgment, where the principle of the prohibition of discrimination has been upgraded to the level of a general Community principle deriving from "various international instruments and [found] in the constitutional traditions common to the Member States" (para. 74), the ECJ opened an important discussion about the relation between Article 13 of the EC Treaty and the relevant secondary legislation. This is of particular interest because the prohibition of discrimination is much more unequivocal in some areas, but the ECJ has not yet declared it a general principle.¹⁰

This issue is not only relevant for labour law, but has a much broader impact. It is a problem of the application of "constitutional traditions which are common to member states", which are recognised in primary legislation only in Article 6(2) of the Treaty on European Union and, in a slightly different version, also in Article 288(2) of the EC Treaty. And, at least implicitly, as some commentators point out, it concerns an issue of the Fundamental Rights Charter as a legal source.

Discussion about the impact of this principle is in progress. The ECJ will soon deal with a similar question in the pending case of *Palacios de la Villa*,¹¹ where the Advocate General has already delivered his opinion.¹²

The other open questions I at least wish to address are the following:

2. Do Directives cause a horizontal effect?
3. Are there horizontal effects of Directives?
4. What might be other hypothetical preliminary questions?

III. *Nemo iudex in propria causa*

As mentioned above, as a judge of the ECJ, I have no intention to assess particular solutions put forward in the *Mangold* judgment. Concluding, I would like to remark that the process of ECJ adjudication, involving 27 judges and the obligation to take account of the same number of legal cultures (or more) when interpreting Community law, is not an easy task. This diversity of approaches can also be felt as regards the wording of judgments, which are, however, not always as clear as one might wish. Yet judgments

10 In the latest edition of his book on this issue, Prof. *Tridimas* does not take a firmer stand, despite the fact that he refers to the judgment in the *Mangold* case. *Tridimas: The General Principles of EU Law*, Oxford 2006, p. 68, note 58.

11 C-411/05.

12 15.12.2007.

have a meaning for the future. In the *Mangold* case, the ECJ has announced an important development of labour law.

The fact that faith in a judgment sometimes opens a “story without an end” can be illustrated by events which followed famous judgments, for example in the *Defrenne* case¹³ of the 1970s on the prohibition of discrimination on the basis of sex concerning salaries of Belgian stewardesses. Although the Belgian legislator tried to compensate for injustices of the past, it did not do so with sufficient diligence, so that this issue was brought before the ECJ, which decided it with the judgment in the *Jonkman* case.¹⁴

Isn't this sufficient proof that my motto of today is justified?

13 80/70, 25.5.1971; 43/75, 8.4.1976; 149/77, 15.6.1978.

14 C-231/06 to 233/06, 21.6.2007.

The European Court of Justice, Labour Law and ILO Standards

Brian BERCUSSON

I. Summary

Two questions are addressed in this paper: (1) how much does, or will, the ECJ in exercising its jurisdiction in the field of labour law look to international standards; (2) how far does, or will, the ECJ seek to go further or provide less?

The paper reviews the sources from which the ECJ has drawn in exercising its labour law jurisdiction include the Treaties, EU secondary legislation and the general principles of the EU legal order.

The Preamble to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989 refers to "inspiration... drawn from the Conventions of the ILO". The Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights 2000 reaffirms "...rights as they result, in particular, from the... international obligations common to the Member States". The absence of an explicit reference in the EU Charter to ILO labour standards is notable.

The European Court of Justice states that fundamental rights form an integral part of the general principles of law and international treaties can supply guidelines. The ECJ finally cited the EU Charter in Case C-540/03, *European Parliament v. Council*, decided 27 June 2006. While not legally binding itself, the Charter reaffirms rights which are legally binding due to their provenance from other sources which are recognised by Community law as legally binding sources, including "international obligations common to the Member States", of which ILO Conventions are a prime example. In Case C-438/05, *Viking*, Advocate General Maduro concluded: "...the rights to associate and to collective action are of a fundamental character within the Community legal order, as the Charter of Fundamental Rights of the European Union reaffirms". In Case C-341/05, *Laval*, Advocate General Mengozzi, cites Article 28 of the EU Charter and concludes that "the right to resort to collective action to defend trade union members' interests is a fundamental right. It is... a general principle of Community law, within the meaning of Article 6(2) EU. That right must therefore be protected in the Community".

Two examples to illustrate the use of ILO standards in EU secondary legislation: the Directives on public procurement, and the Services Directive.

On the matter of *substance*, the potential use of ILO standards as sources of EU law may be illustrated two recent developments in the USA and Canada.

In the USA, an agreement was reached in May 2007 between the administration of President George Bush and the Congress on bilateral trade agreements to include the

obligations of the ILO's 1998 Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work.

In Canada, on 8 June 2007 the Supreme Court of Canada declared that the protection of the freedom of association guaranteed by section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms includes a procedural right to collective bargaining. It held that “collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of Charter guarantees”. It cites ILO Convention No. 87, ratified by Canada, as a principle that Canada has committed itself to uphold”. It also cites interpretations by the ILO’s Committee on Freedom of Association, Committee of Experts and Commissions of Inquiry

Freedom of association in trade unions has acquired constitutional status in some Member States. In interpreting the right at EU level, the ECJ could draw upon a range of sources, including international law, in particular, ILO Conventions, consistent with the evolving context of the EU from a purely economic Community establishing a common market to a European Union with a social policy aimed at protecting workers employed in the common market who are also citizens of the Union enjoying fundamental rights. The *acquis communautaire social* comprises five principles of what may be called *ordre communautaire social*: (i) the ILO principle that “labour is not a commodity”; (ii) the Community’s social policy of improved living and working conditions; (iii) respect for fundamental rights of workers; (iv) a central role to social dialogue at EU and national levels; (v) equal treatment of all workers without discrimination based on nationality.

Fundamental rights of labour in the EU legal order are at stake in *Laval* and *Viking*. The Opinions of the Advocates General in these cases propose different solutions. The ECJ may accommodate these approaches in a solution consistent with ILO standards comprising the following five steps.

- In *Viking*, Advocate General Maduro takes the position that in cases of relocation, collective action is permitted to combat social dumping provided it is taken *before* the relocation occurs.
- Relocation is almost invariably accompanied by collective dismissals of workers. The ECJ in Case C-188/03, *Junk*, declared unequivocally that any decision to collectively dismiss workers can only be taken after the completion of the process of information and consultation.
- Relocation between Member States will often be the action of multinational enterprises. European works councils (EWCs) have successfully taken legal action to block decisions by multinationals where the enterprise failed to comply with the requirements of the EWCs directive.
- The conclusion is that collective action *should always be possible* as any decisions affecting the workforce *cannot* be taken until the information and consultation requirements have been complied with.

- For Advocate General Mengozzi in *Laval*, the criterion is proportionality. The criterion of proportionality should be whether the employer had complied with the EU obligation to inform and consult prior to any decision. Failure to do so would automatically make any resulting collective action proportionate.

This is a specifically EU criterion of proportionality based on the *acquis communautaire* of EU Directives requiring information and consultation, Article 27 of the EU Charter (the fundamental right to information and consultation) and the transnational nature of enterprises and of collective action in the EU. If complied with, it contributes to avoiding the negative consequences of both litigation (seeking remedies in the form of injunctions from national courts to enforce the obligation to inform and consult) and collective industrial action by workers. It is a solution which reconciles respect for the international labour law standards of the ILO with the specific context of the *acquis communautaire social*.

The ECJ's jurisdiction in labour law offers the prospect of consolidating the EU as a major player in the emerging legal order of globalisation. The EU Charter's labour rights may become a model for international labour law.

II. Introduction: The questions to be addressed

The scope and substance of the jurisdiction of the European Court of Justice (ECJ) in the field of labour law depends on the *sources* of law available to it to use. This paper addresses two questions.

First, as to *scope*: do the sources of the ECJ's jurisdiction on labour law *allow* for consideration of ILO standards, and have the sources of law available and used in the *past* changed so as to embrace ILO standards?

Secondly, as to *substance*: is the *nature* of the labour law of the ILO *compatible* with the use to which it may be put in the context of the EU and its labour law, and are there *changes elsewhere* in the world which indicate a greater role for ILO standards in the labour law jurisdiction of the ECJ?

During and after providing some outline answers to these questions, I will seek to illustrate them by reference to two cases currently before the ECJ: *Viking*¹ and *Laval*.²

The *basic issue* is: how much does, or will, the ECJ in exercising its jurisdiction in the field of labour law look to international standards, and how far does, or will, the ECJ seek to deviate from them, either by going further or by providing less?

1 Case C-438/05, Viking Line Abp OU Viking Line Eesti v. The International Transport Workers' Federation, The Finnish Seamen's Union, Opinion of Advocate General Maduro, 23 May 2007.

2 Case C-341/05, Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1, Svenska Elektrikerförbundet, Opinion of Advocate General Mengozzi, 23 May 2007.

III. Scope: The sources of the ECJ's jurisdiction in the field of labour law

The sources from which the ECJ has drawn in exercising its labour law jurisdiction include the Treaties, EU secondary legislation and the general principles of the EU legal order.

1. Treaties

The social and labour policy of the European Economic Community as laid down in the Treaty of Rome of 1957 was influenced by ILO advisers. A preceding report of ILO experts³ “recommended that there was no need for an interventionist social dimension for the proposed common market, save for certain measures against ‘unfair competition’”.⁴ The result was Article 117 of the Treaty of Rome 1957.⁵ Far from looking to established international labour standards, in apparent order of priority, the desired improvement was to ensue from harmonisation of Member States’ social systems, to result from both autonomous functioning of the common market and approximation of legal provisions.

Nonetheless, there was also room for the activation of “procedures provided for in this Treaty”. Article 118 of the Treaty stated that the Commission “shall have the task of promoting close cooperation between Member States in the social field, particularly in matters related to... labour law and working conditions”. However, initiatives by the Commission and the European Parliament encountered resistance from several governments and “it was not until 1971 that proposals began to emerge for a more systematic approach to European social policy”.⁶

The breakthrough came at the summit of the Heads of the Member States in Paris in October 1972, which in turn led the Commission to prepare a Social Action Programme

3 Report of the ILO's Committee of Experts (the ‘Ohlin Report’) on the Social Aspects of European Economic Cooperation, ILO Studies and Reports (New Series) No 46, 1956; summarised in (1956) 74 *International Labour Review* 99. See generally, P. Davies . “The Emergence of European Labour Law”, in W. McCarthy (ed), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, Blackwell, London, 1993, pp. 313-59; J. Kenner, *EU Employment Law: From Rome to Amsterdam and beyond*, Hart, Oxford, 2003, pp. 2-6.

4 B. Bercusson, *European Labour Law*, Butterworths, London, 1996, p. 48.

5 “Member States agree upon the need to promote improved working conditions and an improved standard of living for workers, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained. They believe that such a development will ensue not only from the functioning of the common market, which will favour the harmonisation of social systems, but also from the procedures provided for in this Treaty and from the approximation of provisions laid down by law, regulation or administrative action”.

6 L. Wallyn, *Social Europe*, 1/87, pp.13-14. See also L.H.J. Crijns, “The social policy of the European Community”, *Social Europe* 1/88, p. 51.

duly adopted by the Council of Ministers on 21 January 1974.⁷ The European Court of Justice was not slow to follow with its famous judgment in *Defrenne v. Sabena* of 8 April 1976, proclaiming the double aim of Article 119 on equal pay for men and women:⁸

“...this provision forms part of the social objectives of the Community, which is not merely an economic union, but is at the same time intended, by common action, to ensure social progress and seek the constant improvement of the living and working conditions of their peoples, as is emphasised by the Preamble to the Treaty”.

The distance from international labour standards, if not explicitly those of the ILO, was narrowed by the Preamble of the Single European Act of 1986, which declared that the Community was:

“Determined to work together to promote democracy on the basis of the fundamental rights recognized in the constitutions and laws of the Member States, in the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms [ECHR] and the European Social Charter [ESC], notably freedom, equality and social justice”.

A first link to the ILO was established in the Preamble to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989, which declared: “Whereas inspiration should be drawn from the Conventions of the International Labour Organisation and from the European Social Charter of the Council of Europe”.⁹ Despite the non-legally binding nature of the Community Charter, the Commission’s Social Action Programme of 1989 explicitly relied on its provisions for a series of legislative and social policy proposals during the 1990s.

The Social Protocol to the Treaty on European Union of 1991 provided the legal basis for extensive labour law competences of the European Community. However, the explicit reference to fundamental rights in Article 6(2) of the Treaty on European Union referred only to the ECHR, and not the ESC, let alone the ILO.¹⁰

The amendment of Article 117 EC (re-numbered Article 136) by the Treaty of Amsterdam 1997 compensated for this omission by providing:

“The Community and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, shall have as their [social] objectives...”

Finally, the Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights proclaimed at Nice in December 2000 reaffirms:

7 See Bercusson, *European Labour Law*, 1996, Chapter 4, pp. 49-64.

8 Case 43/75, *Defrenne v. Société Anonyme Belge de Navigation Aérienne (SABENA)* [1976] ECR 455, paragraph 10.

9 For a discussion of the debates preceding the Charter and its relation to ILO standards, see B. Bercusson, “Fundamental Social and Economic Rights in the European Community”, in A. Cassese, A. Clapham and J. Weiler (eds), *Human Rights and the European Community: Methods of Protection*, Nomos, Baden-Baden 1991, pp. 195-290, at pp. 257-262.

10 Article 6(2) TEU: “The Union shall respect fundamental rights, as guaranteed by the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms signed in Rome on 4 November 1950 and as they result from the constitutional traditions common to the Member States, as general principles of Community law”.

“...rights as they result, in particular, from the... international obligations common to the Member States, the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, the Social Charters adopted by the Union and by the Council of Europe and the case law of the Court of Justice of the European Union and of the European Court of Human Rights”.

The absence of an explicit reference in the EU Charter to ILO labour standards is notable.¹¹

2. General principles of the EU legal order

The significance of the reference in the EU Charter’s Preamble to “international obligations common to the Member States” is clear. ILO Conventions ratified by all Member States are recognised as a source of law underpinning the rights proclaimed. In fact, this merely reflects a longstanding position taken by the ECJ in *Nold*:¹²

“As the Court has already stated, fundamental rights form an integral part of the general principles of law, the observance of which it ensures. Safeguarding these rights, the Court is bound to draw inspiration from constitutional traditions common to the Member States... Similarly, international treaties for the protection of human rights on which the Member States have collaborated or of which they are signatories, can supply guidelines which should be followed within the framework of Community law”.

11 It was highlighted by the addition by the Convention on the Future of Europe of a further sentence to this paragraph of the Preamble: “In this context, the Charter will be interpreted by the Courts of the Union and the Member States with due regard for the explanations...”. The “explanations” referred to were originally prepared by the Praesidium of the Convention which drafted the Charter, but this was done on its own responsibility and the “explanations” were explicitly declared to have no legal value. This additional sentence purported to ascribe some legal value to the explanations. See also the additional Article 52(7) added to the Charter by the IGC in June 2004: “The explanations drawn up as a way of providing guidance in the interpretation of the Charter of Fundamental Rights shall be given due regard by the courts of the Union and of the Member States”. This provision makes use by the courts of the Praesidium’s explanations more difficult because the Praesidium’s explanations are not always comprehensive or consistent in referring to, for example, those “international obligations common to the Member States” which are explicitly the interpretative context, the inspiration and source of the EU Charter’s provisions. The explanations, as “updated” by the Member States at the IGC of June 2004, include 22 references to the European Social Charter and Revised European Social Charter and 15 references to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers. See Provisional consolidated version of the Declarations to be annexed to the Final Act of the Intergovernmental Conference, CIG 86/04, ADD 2, Brussels, 25 June 2004. Now in OJ C310 of 16 December 2004, at p. 424. For a detailed exposition of the “updated” revisions to the Explanations, see Appendix 2 in B. Bercusson (ed), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 533-632. In particular, in the case of those provisions referring to individual employment and collective labour rights, the absence in the Praesidium’s explanations of references to the core ILO Conventions which bind all Member States is noticeable, and regrettable. For examples illustrating this point, see B. Bercusson, “Post-script: The EU Charter of Fundamental Rights and the Constitution of the European Union”, in B. Bercusson (ed), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, pp. 455-530, at pp. 498-501.

12 Case 4/73, *Nold v. Commission*, [1974] ECR 491, paragraph 13.

Since its proclamation on 7 December 2000, every Advocate General has cited the Charter in one or more Opinions, as has the Court of First Instance in a number of judgments.¹³ The first judicial reference to the EU Charter was made by the Court of First Instance in a decision of 30 January 2002.¹⁴ Five and half years after its proclamation, the ECJ itself finally cited the EU Charter in Case C-540/03, *European Parliament v. Council*, decided 27 June 2006.¹⁵ The Court states:¹⁶

“The Charter was solemnly proclaimed by the Parliament, the Council and the Commission in Nice on 7 December 2000. While the Charter is not a legally binding instrument, the Community legislature did, however, acknowledge its importance by stating, in the second recital in the preamble to the Directive, that the Directive observes the principles recognised not only by Article 8 of the ECHR but also in the Charter. Furthermore, the principal aim of the Charter, as is apparent from its preamble is to reaffirm 'rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and international obligations common to the Member States, the Treaty on European Union, the Community Treaties, the [ECHR], the Social Charters adopted by the Community and by the Council of Europe and the case-law of the Court... and of the European Court of Human Rights’”.

In other words, while not legally binding itself, the Charter reaffirms rights which are legally binding due to their provenance from other sources which are recognised by Community law as legally binding sources.¹⁷ These sources include “international obligations common to the Member States”, of which ILO Conventions are a prime example.

13 In the first 30 months of its existence, up to July 2003, there were 44 citations of the Charter before the European courts. For details of these 44 cases, see Appendix 3, prepared by Stefan Clauwaert and Isabelle Schömann, in B. Bercusson (ed), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 633-714.

14 Case T-54/99, *max.mobil Telekommunikation Service GmbH v. Commission*, [2002] ECR II-313, paragraphs 48 and 57.

15 Case C-540/03. In a second case, *Unibet*, Case C-432/05, decided 13 March 2007, the Grand Chambre of the Court stated (paragraph 37) that “the principle of effective judicial protection is a general principle of Community law stemming from the constitutional traditions common to the Member States,... and which has also been reaffirmed by Article 47 of the Charter of fundamental rights of the European Union, proclaimed on 7 December 2000 in Nice (OJ 2000 C 364, p. 1)”. A third reference by the Court to the Charter is in Case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, decided 3 May 2007, paragraph 46. For an exploration of the potential role of the ECJ in developing a “social constitution” for the EU using the EU Charter, see the chapter by Bruno Veneziani and Niklas Bruun in B. Bercusson (ed), *Manifesto for a Social Constitution: 8 options for the European Union*, ETUI, Brussels, May 2007.

16 Case C-540/03, paragraph 38. The key text in the judgment is under the rubric “Findings of the Court” (beginning paragraph 35) with regard to the issue “The rules of law in whose light the Directive's legality may be reviewed” (beginning paragraph 30).

17 See also the following statement in the Opinion of Advocate General Kokott in Case C-540/03: (paragraph 108) “While the Charter still does not produce binding legal effects comparable to primary law, it does, as a material legal source, shed light on the fundamental rights which are protected by the Community legal order.”

An illustration: Collective industrial action

The force of fundamental rights derived from international obligations common to the Member States can be illustrated in two cases currently pending before the ECJ.

In *Viking*, the defendant trade unions “point out that the right of association and the right to strike are protected as a fundamental right in various international instruments”.¹⁸ To the proposition that there exists a fundamental right to collective action there were varying degrees of assent in the submissions of the Member States in the case.¹⁹ The Commission representative’s oral submission cited the ECHR, Article 11, ILO Conventions, the European Social Charter and the EU Charter, Article 28. The Commission’s representative concluded: the right to collective action seems in principle to be part of the general principle of EU law that protects fundamental rights. Member States have a wide margin of appreciation. But EU law precludes measures which deny the essence of the fundamental rights protected.²⁰ Advocate General Maduro concluded:²¹

“...the rights to associate and to collective action are of a fundamental character within the Community legal order, as the Charter of Fundamental Rights of the European Union reaffirms”.

In *Laval*, the submission that the right to take collective industrial action falls outside the scope of Community law by virtue of Article 137(5) EC²² was firmly rejected by Advocate General Mengozzi.²³ He cites Article 6(2) TEU requiring the Union to re-

18 Case C-438/05, *Viking Line Abp OU Viking Line Eesti v. The International Transport Workers’ Federation, The Finnish Seamen’s Union*, Opinion of Advocate General Maduro, 23 May 2007, para. 20.

19 Some were explicit: Austria, Belgium, Finland, France, Germany, Ireland, Italy, Norway and Sweden. Others were implicit: although they denied the protection afforded by the right in this case, there was confirmation that such a fundamental social right did exist: the Czech Republic, Denmark, Estonia, Latvia, Poland. The only unequivocal assertion that there was no fundamental right to take collective action in Community law came from the UK.

20 Notes made by the author at the oral hearing before the ECJ in Luxembourg on 10 January 2007. For a detailed analysis, see B. Bercusson, “The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day”, (2007) 13 *European Law Journal* (No. 3, May), pp. 279-308 at pp. 298-302.

21 *Viking*, para. 60, citing Articles 12 and 28 of the EU Charter. In earlier writings, Maduro referred to “a hard core of social rights” which includes “the rights to collective action and collective bargaining”. He stated: ‘The right to collective bargaining, the freedom of association, the right to collective action [“rights immediately effective and judicially enforceable”]... should be considered as part of the “constitutional traditions common to the Member States”’. M. Poyares Maduro, ‘Striking the Elusive Balance Between Economic Freedom and Social Rights in the EU’, in P. Alston (ed), *The EU and Human Rights* (Oxford University Press, 1999), pp. 449-472, at p. 461. There follows a footnote 51 in which Maduro refers to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989, and ‘for a recent international example, including some of the rights which it has been argued constitute fundamental social rights: the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, approved at the 86th Session, Geneva, June 1998’.

22 Article 137(5) EC: “The provisions of this Article shall not apply to pay, the right of association, the right to strike or the right to impose lock-outs”.

23 Case C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Avdelning 1, Svenska Elektrikerförbundet*, Opinion of Advocate General Men-

spect fundamental rights, notes that it mentions only the ECHR and also the ECJ's view that the ECHR has special significance to enable the Court to identify the general principles of Community law.²⁴ Crucially, he adds:²⁵

"The Court is entitled, in so doing, to draw inspiration from instruments for the protection of human rights *other than* the ECHR".

He goes on to cite the references in the Preamble to the EU Treaty and in Article 136 EC to the European Social Charter and the 1989 Community Charter.²⁶ He continues:²⁷

"The Court's concern to accord 'special significance' to the ECHR, without thereby excluding *other sources* of inspiration, found expression in the Charter of Fundamental Rights of the European Union solemnly proclaimed on 7 December 2000...

Admittedly, the Charter of Fundamental Rights is not a legally binding instrument. However, the Court has already emphasised that its principal aim, as is apparent from its preamble, is to 'reaffirm rights as they result, in particular, from the constitutional traditions and *international obligations common to the Member States*...".

He subsequently analyses the limited protection for the right to strike available under the ECHR, but goes on to cite Article 6(4) of the European Social Charter, which explicitly recognises the right to strike, as does paragraph 13 of the 1989 Community Charter, Article 28 of the EU Charter and the constitutional instruments of numerous Member States.²⁸ His conclusion is:

"This analysis prompts me to consider that the right to resort to collective action to defend trade union members' interests is a fundamental right.²⁹ It is therefore not merely a 'general principle of labour law', as the Court has already held in relatively old case-law in Community staff cases, but rather a general principle of Community law, within the meaning of Article 6(2) EU. That right must therefore be protected in the Community".

gozzi, 23 May 2007, paras. 48 ff. For the same conclusion, see B. Bercusson, Commentary on Article 12 of the EU Charter, Freedom of assembly and of association, chapter 6 in B. Bercusson (ed), European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 133-169, at pp.163-164, and earlier in B. Bercusson, European Labour Law, Butterworths, London, 1996, at p. 546-548.

24 Ibid., paras. 63-64.

25 Ibid., para. 65 (italics added).

26 Ibid., para. 66.

27 Ibid., paras. 67-68 (italics added).

28 Ibid., paras. 69-77. Footnote 33 cites the Constitutions of Bulgaria, Cyprus, Estonia, France, Greece, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Poland, Portugal, Romania, Slovakia, and Slovenia.

29 Citing para. 159 of the Opinion of Advocate General Jacobs in Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie, Case C-67/96; with Joined cases C-115/97, C-116/97 and C-117/97; [1999] ECR I-5751: "In my view, the right to take collective action in order to protect occupational interests in so far as it is indispensable for the enjoyment of freedom of association is also protected by Community law". In Albany, the Commission cited, inter alia, ILO Conventions Nos 87 and 98 in support of their contention that the right to collective bargaining is a fundamental right. This contention was not accepted by Advocate General Jacobs; see paras. 141-142.

3. *EU secondary legislation*

Two examples will be invoked to illustrate the use of ILO standards in EU secondary legislation: the Directives on public procurement, and the Services Directive.

a) Public procurement

New EU Directives on public procurement³⁰ were to be implemented into national law by 31st January 2006. The outcome of the legislative process was less than satisfactory, as the process of revision led to a stalemate between those who wished to exclude social and labour standards, and those who wished them to be mandatory or at least optional. In the end, the status quo was resoundingly affirmed: the EU Directives are intended to reflect the position of the European Court of Justice.³¹ The problem is that the precise nature of this status quo is hotly disputed.³²

Recital 33 of the Preamble to the Directive states:

“Contract performance conditions are compatible with this Directive provided that they are not directly or indirectly discriminatory and are indicated in the contract notice or in the contract documents... For instance, mention may be made, amongst other things, of the requirements – applicable during performance of the contract - ...to comply in substance with the provisions of the basic ILO Conventions, assuming that such provisions have not been implemented in national law...”.

-
- 30 Directive 2004/17/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 coordinating the procurement procedures of entities operating in the water, energy, transport and postal services sectors, OJ L134/1 of 30 April 2004; Directive 2004/18/EC of the European Parliament and of the Council of 31 March 2004 on the coordination of procedures for the award of public works contract, public supplies contracts and public service contracts, OJ L134/114 of 30 April 2004.
- 31 Recital 1 of the Preamble to Directive 2004/18/EC: “This Directive is based on Court of Justice case-law, in particular case-law on award criteria, which clarifies the possibilities for the contracting authorities to meet the needs of the public concerned, including in the environmental and/or social area, provided that such criteria are linked to the subject-matter of the contract, do not confer an unrestricted freedom of choice on the contracting authority, are expressly mentioned and comply with the fundamental principles mentioned in recital 2.”
- 32 For example, a Commission Working Document of 3 April 2001 prepared by the Internal Market Directorate General deals with “Interpretation of Community public procurement law and the possibilities for incorporating social considerations in public procurement”. Document CC/01/10 EN, Brussels, 3 April 2001, MARKT/B2/NSK. The last paragraph on page 8 says that to require public procurement contractors to comply with ILO Conventions (footnote 22: child labour, freedom of association, etc.), these “must previously have been ratified by a given country and, where necessary, have been incorporated into their national law”. No authority is provided for this statement. The document continues: “Most of these Conventions concern the respect of fundamental economic and social rights which have already been implemented in social and other legislation, and are therefore applicable in any event”. It is not clear that EC law on public procurement requires that ILO Conventions must they have been ratified or incorporated. So long as the fundamental economic and social rights in these Conventions are applied on a transparent and non-discriminatory basis by the contracting authority, it does not matter if the Member State has ratified or incorporated them.

ILO Convention 94, the Labour Clauses (Public Contracts) Convention 1949, requires compliance with labour standards going beyond anything envisaged by current directives. The ILO Convention requires contracts to include clauses ensuring working conditions, including those in collective agreements.³³ The ILO Convention has been ratified by nine Member States (one of which, the UK, denounced it in 1982). The ratifying Member States are: Austria, Finland, France (1951), Belgium, Italy, Netherlands (1952), Denmark (1955) and Spain (1971).³⁴

The implication is that ILO Convention No. 94 is consistent with EC law, including the procurement directives. If the Convention is consistent with EC law, there can be no objection in EC law to incorporating similar clauses in the current revision of the directives. Eight Member States clearly support such a policy by continuing their ratification of the Convention.

The issue is about to come before the ECJ in Case C-346/06, *Dirk Rüffert v. Land Niedersachsen*.³⁵ The question referred to the ECJ is: "Does it amount to an unjustified restriction on the freedom to provide services under the EC Treaty if a public contracting authority is required by statute to award contracts for building services only to undertakings which, when lodging a tender, undertake in writing to pay their employees, when performing those services, at least the remuneration prescribed by the collective agreement in force at the place where those services are performed?"

The overlap between *Viking/Laval* and *Rüffert* is obvious. They involve enterprises moving from one Member State to provide services in another Member State. In this context the fact that the EU has recently adopted, after three years of contentious debate, the Directive on Services, should not be ignored.

33 In the Commission Working Document of 3 April 2001 cited in the previous footnote, D.-G. XV accepts that "A contracting authority may impose on the party to whom a contract is awarded labour clauses such as those mentioned in ILO Convention No. 94, provided that they respect the relevant provisions of Community law...". The very wide scope of the clauses covered in the ILO Convention No. 94 is acknowledged in footnote 25 of the document. D.-G. XV's acquiescence that such clauses, including provisions of collective agreements, can be made obligatory in public procurement raises questions about the extreme caution regarding the compatibility of social clauses with EC law which is manifest in the rest of the interpretation document. Unless the caveat: "provided that they respect the relevant provisions of Community law", is regarded as withdrawing much of D.-G. XV's apparent acceptance of this Convention.

34 Article 307 EC allows Member States to continue to be bound by international treaties unless they contravene their EC law obligations, in which case they are obliged to denounce those Treaty obligations. See the case of ILO Conventions prohibiting night work for women: Case C-345/89 Criminal Proceedings against Alfred Stoeckel [1991] ECR I-4047; Case C-158/91, Levy [1993] ECR I-4287; Case C-13/93 Office National de l'Emploi v. Madeleine Minne [1994] ECR I-371.

35 Referred 18 July 2006; notified 28 September 2006.

b) *The Services Directive*

Article 1(7) of the Services Directive³⁶ provides:

“This Directive does not affect the exercise of fundamental rights as recognised in the Member States *and by Community law*.³⁷ Nor does it affect the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action in accordance with national law and practices which respect Community law”.

There is clear acknowledgment in the first sentence that “fundamental rights... [are] recognised... *by Community law*”.³⁸ The other rights referred to are arguably these specified in the second sentence (*eiusdem generis*): Community law protects “the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action in accordance with *national law and practices which respect Community law*”.³⁹

This is an interpretation consistent with Recital 15:

“This Directive respects the exercise of fundamental rights applicable in the Member States and as recognised in the Charter of fundamental Rights of the European Union and the accompanying explanations, reconciling them with the fundamental freedoms laid down in Articles 43 and 49 of the Treaty. Those fundamental rights include the right to take industrial action in accordance with national law and practices which respect Community law”.

Recital 15’s explicit reference to the EU Charter is significant. The reference to reconciliation with fundamental freedoms in Articles 43 and 49 may be read as confirming that, in particular, the right to take industrial action *can be reconciled* with Articles 43 and 49 – the point at stake in *Viking* and *Laval*.⁴⁰

36 Directive 2006/123/EC of the European Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, L 376/36 of 27.12.2006 (italics added).

37 The rights concerned are not the economic freedoms in Articles 43 and 49, since these are the legal basis of the Directive, which aims to supplement their inadequacies. See Recital 6.

38 Compare Council Regulation (EC) No. 2679/98 of 7 December 1998 on the functioning of the internal market in relation to the free movement of goods among the Member States. OJ L337/8 of 12.12.98; Article 2, which does not refer to fundamental rights recognised by Community law: “This Regulation may not be interpreted as affecting in any way the exercise of fundamental rights as recognised in Member States, including the right or freedom to strike. These rights may also include the right or freedom to take other actions covered by the specific industrial relations systems in Member States.”

39 Italics added. The second sentence (and, in particular, its last phrase: “which respect Community law”) may be interpreted as meaning that insofar as national law and practices do not respect fundamental rights recognised by Community law they are affected by the Directive. The provisions of the Directive which will affect national law and practices on collective bargaining and action are the Directive’s provisions which stipulate that rules laid down by collective agreements do not violate free movement provisions. I.e. if national rules were to stipulate that collective agreements or collective action contravene free movement rules, this would violate Community law’s protection of these fundamental rights.

40 The position is further elaborated, if not clarified, by Recital 83, concerned with derogations from the freedom to provide services and exceptional measures against a given provider: “In addition, any restriction of the free movement of services should be permitted, by way of exception, only if it is consistent with fundamental rights which form an integral part of the general principles of law enshrined in the Community legal order”.

IV. Substance: The nature of ILO standards as sources of EU law

International labour law has its most important source in the norms promulgated by the International Labour Organisation (ILO), established in 1919, which declared as one of its principles that "labour should not be regarded merely as a commodity or article of commerce".⁴¹

In terms of their content, ILO norms have slowly but surely increased in number and scope and are now numerous and cover a huge range of topics. However, the standard of the norms adopted has often been minimal: the lowest common denominator. In terms of their adoption and enforcement, the tripartite principle of participation of representatives of employers and workers alongside governments has increased the likelihood of approval of norms by ILO institutions and enhanced their legitimacy. However, the mechanisms of enforcement of norms adopted have been acknowledged as often inadequate.

EC labour and social law does not strictly conform to this framework. Labour, and even more so social matters, were relatively marginal to the original objectives of the European Economic Community, founded in 1957 to establish a common market for goods, services, capital and labour. Despite the expansion of competences in labour law by the Social Protocol and Agreement on Social Policy of the Treaty of Maastricht, now incorporated into the EC Treaty, Article 137, in terms of their content, the development of norms regarding labour during almost five decades of existence of the EC has been spasmodic, episodic and unsystematic. Despite the great leap forward of the constitutionalisation of the European social dialogue by the Maastricht Treaty, now in Articles 138-139 EC, the combination of a Commission allergic to regulation and a blocking minority of Member States in the Council has led the social dialogue into its current impasse. However, the mechanisms of enforcement extend far beyond the possibilities available to the ILO machinery. These qualities of content and procedures of adoption and enforcement of norms are important to understanding the specificity of EC labour law.

The ILO singularly failed in its attempt to build on the corpus of international economic law to promote labour standards in an integrated global economy. The story of the failure of attempts to persuade the WTO to incorporate labour standards is well known.⁴² The endless debate over social dumping v. protectionism resulted in stalemate, or worse...

41 Article 427 of the Treaty of Versailles, 1919, which contained the first ILO Constitution. The Constitution was revised in 1944, and Article 1 declared its aims and purposes to be those of the Declaration annexed to the Constitution, which "reaffirms the fundamental principles on which the Organisation is based and, in particular, that - (a) labour is not a commodity". P. O'Higgins, "'Labour is not a commodity' - an Irish contribution to international labour law", (1997) 26 Industrial Law Journal.225.

42 See B.A. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Hart, Oxford, 2005.

The ECJ in its labour law jurisdiction is similarly confronted with vital issues of the rights of workers in a legal framework developed to promote the economic freedom of employers in a single European market. To what extent do the labour standards of the ILO offer a model? Two approaches are illustrated by very recent developments.

1. *The United States experience*

A minimal approach is illustrated by an agreement reached in May 2007 between the administration of President George Bush and the Congress on labour standards in bilateral trade agreements.⁴³ The agreement incorporates the binding obligation that countries uphold in their laws and practice the obligations of the International Labour Organization's 1998 Declaration on the Fundamental Principles and Rights at Work. The relevant principles are the freedom of association, the effective recognition of the right to bargain collectively, the elimination of all forms of forced or compulsory labour, the effective abolition of child labour and the elimination of discrimination in respect to employment and occupation.

The ILO standards will be included in the text of treaties and enforced like any other provision, with no exceptions for the United States. In this case, however, the standards are not those in eight separate ILO Conventions, which the United States has never ratified. The United States was thereby insulated from a body of ILO case. At one level, the US Congress has taken a major step forwards as regard trade and labour standards. However, the US social model is far from that of the EC and its *acquis communautaire social*.

2. *The Canadian experience*

Another approach, in my view more appropriate, is that illustrated by an even more recent development in Canada.

On 8 June 2007 the Supreme Court of Canada, reversing both the trial court and the British Columbia Court of Appeal, decided⁴⁴ by a 6-1 majority that earlier decisions of the Supreme Court for the exclusion of collective bargaining from the protection of the freedom of association guaranteed by section 2(d) of the Canadian Charter of Rights and Freedoms⁴⁵ did not withstand principled scrutiny and should be rejected. The Su-

43 See the Financial Times, 14 May 2007.

44 Health Services and Support – Facilities Subsector Bargaining Assn. v. British Columbia, 2007 SCC 27.

45 Canadian Charter of Rights and Freedoms, Article 2: “Everyone has the following fundamental freedoms:...(d) freedom of association [liberté d’association]”.

preme Court declared that freedom of association guaranteed by section 2(d) of the Charter includes a procedural right to collective bargaining.⁴⁶

“Our conclusion that s. 2(d) of the Charter protects a process of collective bargaining rests on four propositions. First, a review of the s. 2(d) jurisprudence of this Court reveals that the reasons evoked in the past for holding that the guarantee of freedom of association does not extend to collective bargaining can no longer stand. Second, an interpretation of s. 2(d) that precludes collective bargaining from its ambit is inconsistent with Canada’s historic recognition of the importance of collective bargaining to freedom of association. Third, collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of Charter guarantees. Finally, interpreting s. 2(d) as including a right to collective bargaining is consistent with, and indeed, promotes, other Charter rights, freedoms and values.”

Each of these propositions could usefully be explored for its applicability to the EU context.⁴⁷ However, it is the third proposition, that “collective bargaining is an integral component of freedom of association in international law, which may inform the interpretation of Charter guarantees” which is of most interest in this paper.

In the section of the judgment entitled “International Law Protects Collective Bargaining as Part of Freedom of Association”⁴⁸, the Supreme Court confirms that “Canada’s international obligations can assist courts charged with interpreting the Charter’s guarantees”.⁴⁹ The Supreme Court states that “the Charter should be presumed to provide at least as great a level of protection as is found in the international human rights documents that Canada has ratified”.⁵⁰

The Court cites as “sources most important to the understanding of s. 2(d) of the Charter” the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, (ICESCR), the International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR), and the ILO’s Convention No. 87 Concerning Freedom of Association and Protection of the Right to Organize. As “Canada has endorsed all three of these documents... ratifying Convention No. 87 in 1972. this means that these documents reflect not only interna-

46 Para. 20 of the judgment.

47 For example, the third proposition: “an interpretation of [freedom of association] that precludes collective bargaining from its ambit is inconsistent with [the EU Member States’] historic recognition of the important of collective bargaining to freedom of association”. See B. Bercusson and N. Bruun, “Overview” (pp. 2-50) to the European Industrial Relations Dictionary, published by the European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, especially pp. 4-11. For further discussion, see below. On interpretation of Article 12 (“Freedom of assembly and of association”) of the EU Charter of Fundamental Rights, see the commentary in B. Bercusson (ed), *European Labour Law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Nomos, Baden-Baden, 2006, pp. 133-169. The EU Charter, of course, not only protects freedom of association, it explicitly protects the right of collective bargaining and action (Article 28). For commentary on Article 28, see B. Veneziani in Bercusson (ed), *op. cit.*, pp. 291-336.

48 Paras. 69-79.

49 Para. 69.

50 Para. 70.

tional consensus, but also principles that Canada has committed itself to uphold”.⁵¹ The Supreme Court continues:⁵²

“The ICESCR, the ICCPR and Convention No. 87 extend protection to the functioning of trade unions in a manner suggesting that a right to collective bargaining is part of freedom of association. The interpretation of these conventions, in Canada and internationally, not only supports the proposition that there is a right to collective bargaining in international law, but also suggests that such a right should be recognized in the Canadian context under s. 2(d)”.

Specifically as regards the ILO Convention, the Supreme Court states:⁵³

“Convention No. 87 has been the subject of numerous interpretations by the ILO’s Committee on Freedom of Association, Committee of Experts and Commissions of Inquiry. These interpretations have been described as the ‘cornerstone of the international law on trade union freedom and collective bargaining’: M. Forde, ‘The European Convention on Human Rights and Labor Law’, (1973) 31 *Am. J. Comp. L.* 301 at 203. While not binding, they shed light on the scope of s. 2(d) of the Charter as it was intended to apply to collective bargaining...”.

The Supreme Court then goes on the quote at length a recent review by ILO staff summarizing a number of principles concerning collective bargaining.⁵⁴

In this connection, it is worth noting the Supreme Court’s careful reference to the fact that “that the present case does not concern the right to strike, which was considered in earlier litigation on the scope of the guaranteed of freedom of association”.⁵⁵ Had the case concerned the right to strike, the question would have arisen whether international law protects the right to strike as part of freedom of association.

Although there is no express recognition of the right to strike in ILO Convention 87, it has been implied into Convention 87, Article 3, by the supervisory bodies. According to the ILO Committee of Experts: “The right to strike is one of the essential means through which workers and their organisations may promote and defend their economic and social interests”. The jurisprudence of the supervisory bodies on the nature and scope of the right to strike is now extensive. It is more than coincidental that an account is provided by the same three officials of the ILO cited by the Supreme Court in an earlier article.⁵⁶ According to Gernigon *et al.*, since 1952 the Freedom of Association Committee has recognised “the right to strike to be one of the principal means by which

51 Para. 71.

52 Para. 72.

53 Para. 76.

54 B. Gernigon, A. Otero and H. Guido, “ILO principles concerning collective bargaining” (2000) 139 *International Labour Review* 33, at pp. 51-52. The Supreme Court goes on to add: (para. 78) “The fact that a global consensus on the meaning of freedom of association did not crystallize in the Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work... until 1998 does not detract from its usefulness in interpreting s. 2(d) of the Charter”. One of the principles listed by Gernigon *et al.*, “the principle of good faith in collective bargaining” is further emphasised in para. 98 of the judgment.

55 Para. 19.

56 B. Gernigon, A. Otero and H. Guido, “ILO Principles Concerning the Right to Strike” (1998) 137 *International Labour Review* 441–481. There is also a fuller account in ILO, *Freedom of Association – Digest of Decisions and Principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO* (4th ed, 1996).

workers and their associations may legitimately promote and defend their economic and social interests”.⁵⁷

So far as secondary boycotts are concerned, this is an issue where the supervisory bodies have gradually accepted that the conduct in question is protected by Convention 87 as an incident of the right to strike. The Committee of Experts addressed this matter in 1994 in the following terms:

“Sympathy strikes, which are recognised as lawful in some countries, are becoming increasingly frequent because of the move towards the concentration of enterprises, the globalisation of the economy and the delocalisation of work centres. While pointing out that a number of distinctions need to be drawn here (such as an exact definition of the concept of sympathy strike; a relationship justifying recourse to this type of strike, etc), the Committee considers that a general prohibition on sympathy strikes could lead to abuse and that workers should be able to take such action, provided the initial strike they are supporting is itself lawful”.⁵⁸

Gernigon *et al.* suggest that the Committee has made “no direct statement or indication relating to sympathy strikes...”. The authors point out, nevertheless, that since 1983 the Committee has “determined that a general prohibition of sympathy strikes could lead to abuse and that workers should be able to take such action provided that the initial strike they are supporting is itself lawful”.⁵⁹

57 They continue in the following terms: “Over the years, in line with this principle, the Committee on Freedom of Association has recognised that strike action is a right and not simply a social act, and has also: 1. made it clear it is a right which workers and their organisations (trade unions, federations and confederations) are entitled to enjoy; 2. reduced the number of categories of workers who may be deprived of this right, as well as the legal restrictions on its exercise, which should not be excessive; 3. linked the exercise of the right to strike to the objective of promoting and defending the economic and social interests of workers (which criterion excludes strikes of a purely political nature from the scope of international protection provided by the ILO, although the Committee makes no direct statement or indication regarding sympathy strikes other than that they cannot be banned outright...; 4. stated that the legitimate exercise of the right to strike should not entail prejudicial penalties of any sort, which would imply acts of anti-union discrimination”. *Ibid.*, p. 443.

58 The Committee of Experts’ jurisprudence on this issue has been developed specifically in the context of the supervision of the United Kingdom’s compliance with Convention 87. The ILO Committee of Experts has commented unfavourably on British law since 1989 so far as it relates to the right to strike. One of the provisions subject to criticism by the Committee of Experts was the redefinition of a trade dispute in the Employment Act 1982 (now the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992, section 244). Secondary action is still banned in Great Britain, though the ban is a clear breach of international legal obligations. See K. Ewing, *Britain and the ILO*, 2nd ed., Institute of Employment Rights, London. 1994.

59 For this purpose sympathy action would include secondary boycotts: a sympathy strike is defined generically to mean “where workers come out in support of another strike”. Gernigon *et al.* also refer to a report of the Freedom of Association Committee in a complaint in 1987 where a legislative decree imposed restraints on sympathy action. Gernigon *et al.* report that: “...although several provisions contained in the Decree might be justified by the need to respect various procedures (notification of the strike to the labour authorities) or to guarantee security within the undertaking (the prevention of agitators and strike-breakers from entering the workplace) others, however, such as geographical or sectoral restrictions placed on sympathy strikes... or restrictions on their duration or frequency, constitute a serious obstacle to calling strikes”. More recent cases deal with matters such as a complaint from Greece about restrictions on the right to strike by seafarers, and another from Australia involving a dispute on the waterfront. The latter is particularly important for highlighting

V. The current challenge: *ordre communautaire social*

The ECJ's jurisdiction in labour law points to the need to identify the common traditions and legal and constitutional practices protecting fundamental social, labour and trade union rights in the laws of the Member States.

For example, freedom of association in trade unions has acquired constitutional status in some Member States. Sometimes this is a part of a constitutional guarantee of a general right of association, sometimes, the guarantee is granted by ordinary legislation or "basic agreements" between the social partners. Does a trade union's "right to freedom of association" also include other collective trade union rights, such as the right to collective bargaining and collective agreements, the right to strike or take other industrial action? Different Member State concepts of "freedom of association" include some, many or even all of these elements.⁶⁰

Trade union freedom of association includes some rights recognised in all (or most) Member States. In a Member State, a claim to the right of association in the EU Charter, as a question of EU law, could be referred by a national court to the ECJ under Article 234 of the EC Treaty. In interpreting the right at EU level, the ECJ could draw upon a range of sources, including international law, in particular, ILO Conventions, Council of Europe measures and existing EC law.

The ECJ's labour law jurisdiction cannot rely on the European Convention for the Protection of Human Rights (ECHR) of 1950. The ECHR is not focused on protection of the rights of workers.⁶¹ Social and labour rights are the focus of the European Social

the right of workers to seek international assistance and for confirming the protection for secondary action under ILO Convention 87.

- 60 Concepts of freedom of association often overlap; that does not mean they are the same. Different Member States will include some elements and exclude others. But there are elements of trade union rights which all, or most Member States agree are protected. These elements, on which there is consensus, can be assembled into a principle of "freedom of association" at EU level. A narrow formulation of "freedom of association" might include a large number of Member States where such a formulation is acceptable. The wider the range of rights, the lesser the number of Member States which accept that those rights are within the scope of the fundamental trade union right of freedom of association. The aim is a formulation which includes fundamental trade union rights recognised in all (or most) Member States: a common core of elements of a right of "freedom of association" which is shared by all, or a majority of the Member States. See B. Bercusson, *Trade Union Rights in the 15 Member States of the European Union*, Research Study for the Committee on Social Affairs and Employment, European Parliament, 1998; Summary (c. 45 pp.) translated and published in all EC languages.
- 61 In Case C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge v. Republic of Austria*, [2003] ECR I-5659, the Court seemed willing to contemplate restrictions on freedom of expression or assembly, as allowed by the ECHR. In Case C-499/04, *Hans Werhof v. Freeway Traffic Systems GmbH & Co. KG*, decided 9 March 2006, the ECJ cited the ECHR as protecting the negative right of association of employers not to be bound by collective agreements, but did not refer to the decision of the European Court of Human Rights in *Wilson, National Union of Journalists and Others v United Kingdom*, judgment of 2 July 2002, Reports of Judgments and decisions 2002-V; [2002] Industrial Relations Law Reports 128 upholding the right of workers to freedom of associa-

Charter (ESC) 1961 (revised in 1996).⁶² These rights have acquired constitutional status in some Member States. Though the ESC is within the category of the international treaties referred to in *Nold*, and, indeed, is explicitly referred to in Article 136 of the EC Treaty,⁶³ the Court has not yet been willing to invoke the ESC as it does the ECHR. Moreover, ratification by all Member States (including the twelve recent accession States) of ILO Conventions No. 87 of 1948 (Freedom of Association and Protection of the Right to Organise) and No. 98 of 1949 (Application of the Principles of the Right to Organise and to Bargain Collectively) has produced a common foundation of trade union rights in all Member States.

The ECJ could play a role in constitutionalising the EU social model by adopting a specific interpretative framework for relevant provisions of the Treaties and secondary legislation. This interpretation would be consistent with the evolving context of the EU from a purely economic Community establishing a common market to a European Union with a social policy aimed at protecting workers employed in the common market who are also citizens of the Union enjoying fundamental rights.⁶⁴

From the beginning of the European Community, improvement of living and working conditions was stipulated as a social policy objective. EU and Member State regulation of social provisions “shall have as their objectives the promotion of employment, improved living and working conditions, so as to make possible their harmonisation while the improvement is being maintained” (Article 136 EC).

Additionally, since the adoption of the new social policy provisions of the Treaty of Maastricht: “Should management and labour so desire, the dialogue between them at

tion as protecting their adhesion to collective agreements. See the critique in the Opinion of Advocate General Mengozzi in *Laval*, paras. 71-74.

62 All Member States (including the twelve recent accession States) have ratified either the 1961 or the 1996 Social Charters of the Council of Europe.

63 Article 136: “The Community and the Member States, having in mind fundamental social rights such as those set out in the European Social Charter signed at Turin on 18 October 1961 and in the 1989 Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers...”.

64 The ECJ recognised the implications of this transformation for the nature of the EU in a case concerning the exclusion of part-time workers from supplementary occupational pension schemes. As formulated by the national court posing the question for the ECJ, the claim for a retrospective application of the principle of equal pay would risk distortion of competition and have a detrimental economic impact on employers. Nonetheless the Court concluded: ‘...it must be concluded that the economic aim pursued by Article 119 of the Treaty, namely the elimination of distortions of competition between undertakings established in different Member States, is secondary to the social aim pursued by the same provision, which constitutes the expression of a fundamental human right’. (Case C-50/96, *Deutsche Telekom AG v Schroder* [2000] ECR I-743, paragraph 57). Economic provisions of the Treaty have come to be re-interpreted in light of changes in the scope of activities of the EU. The ECJ’s decision in *Albany* is another example of a case in which the Court acknowledged that the EC Treaty provisions on competition policy must be conditioned by other Treaty provisions on social policy; specifically, collective action in the form of collective bargaining/social dialogue. *Albany International BV v. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*, Case C-67/96; with Joined cases C-115/97, C-116/97 and C-117/97; [1999] ECR I-5751.

Community level may lead to contractual relations, including agreements” (Article 139(1) EC) and “Agreements concluded at Community level shall be implemented...” (Article 139(2) EC). Insofar as regulation of living and working conditions is left to social dialogue, the process of negotiation between the social partners, a crucial element in this process, is Treaty protected collective action.

This overriding interpretative framework comprises the accumulated body of EU social and labour law, the *acquis communautaire social*, including five principles of what may be called *ordre communautaire social*:

- universal premise of international labour law based on the Constitution of the ILO to which all Member States belong: “labour is not a commodity”;⁶⁵
- the activities of the Community shall include “a policy in the social sphere” (Article 3(1)(j) EC) and the Community and the Member States “shall have as their objectives... improved living and working conditions” (Article 136 EC);
- respect for fundamental rights of workers reflected in the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers 1989, the European Social Charter signed at Turin on 19 October 1961 (both cited in Article 136 EC), and the EU Charter of Fundamental Rights solemnly proclaimed by the European Parliament, the European Council and the Commission at Nice on 7 December 2000;
- the distinctive characteristic of the European social model which attributes a central role to social dialogue at EU and national levels in the form of social partnership;⁶⁶
- the common market principle of equal treatment of all workers without discrimination based on nationality.

In brief, the ECJ is to interpret and apply EU in the light of *ordre communautaire social*: labour is not a commodity like others (goods, capital), free movement is subject to the objective of improved working conditions, respecting the fundamental rights of workers as human beings, acknowledging the central role of social dialogue and social partnership at EU and national levels, and adhering to the strict principle of equal treatment without regard to nationality.

65 The Philadelphia Conference of 1944 adopted a Declaration defining the aims of the International Labour Organisation subsequently incorporated into the ILO Constitution which affirmed: „labour is not a commodity.“ The Preamble to the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers of 1989 states: „Whereas inspiration should be drawn from the Conventions of the International Labour Organisation...”.

66 See the “Overview” in B Bercusson and N Bruun, *European Industrial Relations Dictionary*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, Luxembourg: Office for Official Publications of the European Communities, 2005, pp. 2-50, especially pp. 4-11.

1. ILO standards compatible with the *acquis communautaire social*

In the immediate future, the ECJ is confronted with two cases, *Laval* and *Viking*, both for which raise in the most acute form the question of fundamental rights of labour in the EU legal order and related questions of respect by Member States of ILO standards. The Opinions of the Advocates General in these cases propose different solutions in balancing the economic freedoms of employers and the fundamental rights of workers and their organisations.

In *Laval*, Advocate General Mengozzi's assessment of the legitimacy of collective action is based on the criterion of "proportionality". This has obvious appeal for two reasons. It is a well-known criterion in EU law. It is also a way in which, as Advocate General Mengozzi indicates, national courts can apply EU law consistently with national conceptions of what is or is not acceptable collective action.⁶⁷ It has equally obvious disadvantages. Without further specification, it is too vague to be applied to the enormous diversity which collective action takes (ranging from normal collective bargaining to workplace occupations). It will give rise to great divergences in the practice of national courts, both probably within national systems and certainly between national systems. Collective action in one Member State may be deemed an unacceptably disproportionate restriction on Community economic freedoms while identical collective action in another Member State is considered a wholly acceptable restriction. Not least, such divergences will inevitably give rise to references to the ECJ questioning national courts' application of the criteria.⁶⁸

In contrast, Advocate General Maduro's Opinion in *Viking* never even uses the word "proportionality". Instead, Advocate General Maduro proposes to legitimize autonomous collective action under certain conditions.⁶⁹ There are two criteria: (i) for *national*

67 Para. 80: "...it is necessary to distinguish between the right to resort to collective action and the means of exercising it, which may differ from one Member State to another and do not automatically enjoy the protection enjoyed by that right itself...". But see also para. 142: "...the interpretation of national law in conformity with Community law which the national court might adopt should not lead it to impair the very substance of the right to take collective action to defend the interests of workers, which, in my preliminary observations above, I have recognised as constituting a general principle of Community law, also upheld by the Swedish Constitution". See also para. 76 referring to Article 28 of the EU Charter on the right to take collective action, including strike action, and the permitted limitations in Article 52(1) of the Charter.

68 The lessons of the Acquired Rights Directive 1977 and the definition of "transfer of an undertaking" are all too plain to see. Council Directive 77/187 of February 14, 1977 on the approximation of the laws of the Member States relating to the safeguarding of employees' rights in the event of transfers of undertakings, businesses or parts of businesses, OJ L 61/26, as amended by Directive 98/50/EC of 29 June 1998, OJ L 201/88. Consolidated in Directive 2001/23 of 12 March 2001, OJ L/82/16.

69 In more general terms, to balance the risk of social dumping, Advocate general maduro invokes the so-called "social contract". Para. 59: "Although the Treaty establishes the common market, it does not turn a blind eye to the workers who are adversely affected by its negative traits. On the contrary, the European economic order is firmly anchored in a social contract: workers throughout Europe must accept the recurring negative consequences that are inherent to the common market's creation

collective action: timing is everything; action *before* relocation is lawful;⁷⁰ action *after* relocation is unlawful⁷¹ as partitioning the labour market, a form of discrimination on grounds of nationality prohibited by EU law.⁷²; (ii) for *transnational* collective action: solidarity must be voluntary.⁷³

of increasing prosperity, in exchange for which society must commit itself to the general improvement of their living and working conditions, and to the provision of economic support to those workers who, as a consequence of market forces, come into difficulties. As its preamble demonstrates, that contract is embodied in the Treaty". This is admirable sentiment but it is both legally questionable under present Treaty provisions and somewhat unrealistic in the present political climate. It is also at odds with international conventions and constitutional traditions which look to autonomous collective action as the main protection of workers interests.

- 70 Para. 66: "Thus, in principle, Community law does not preclude trade unions from taking collective action which has the effect of restricting the right of establishment of an undertaking that intends to relocate to another Member State, in order to protect the workers of that undertaking". Para. 67: "...collective action to persuade an undertaking to maintain its current jobs and working conditions... represents a legitimate way for workers to preserve their rights and corresponds to what would usually happen if relocation were to take place within a Member State".
- 71 Para. 67: "However, collective action to persuade an undertaking to maintain its current jobs and working conditions must not be confused with collective action to prevent an undertaking from providing its services once it has relocated abroad. The first type of collective action represents a legitimate way for workers to preserve their rights and corresponds to what would usually happen if relocation were to take place within a Member State. Yet, that cannot be said of collective action that merely seeks to prevent an undertaking that has moved elsewhere from lawfully providing its services in the Member State in which it was previously established". The last sentence seems directly to contradict the policy of both the Posting Directive (Directive 96/71/EC concerning the posting of workers in the framework of the provision of services. OJ 1996, L18/1) and the Services Directive. Both allow the host Member State to enforce domestic labour standards. Why should trade unions not be allowed to take collective action in their own Member State against undertakings which have relocated and now seek to provide services in the host Member State?
- 72 Para. 62: "A coordinated policy of collective action among unions normally constitutes a legitimate means to protect the wages and working conditions of seafarers. Yet, collective action that has the effect of partitioning the labour market and that impedes the hiring of seafarers from certain Member States in order to protect the jobs of seafarers in other Member States would strike at the heart of the principle of non-discrimination on which the common market is founded".
- 73 Paras. 70-72; "Naturally, the FSU may, together with the ITF and other unions, use coordinated collective action as a means to improve the terms of employment of seafarers throughout the Community. A policy aimed at coordinating the national unions so as to promote a certain level of rights for seafarers is consistent with their right to collective action. In principle, it constitutes a reasonable method of counter-balancing the actions of undertakings who seek to lower their labour costs by exercising their rights to freedom of movement. One must not ignore, in that regard, the fact that workers have a lower degree of mobility than capital or undertakings. When they cannot vote with their feet, workers must act through coalition. The recognition of their right to act collectively on a European level thus simply transposes the logic of national collective action to the European stage. However, in the same way as there are limits to the right of collective action when exercised at the national level, there are limits to that right when exercised on a European level. A policy of coordinated collective action could easily be abused in a discriminatory manner if it operated on the basis of an obligation imposed on all national unions to support collective action by any of their fellow unions. It would enable any national union to summon the assistance of other unions in order to make relocation to another Member State conditional on the application of its own preferred stan-

2. *A solution consistent with ILO standards in the context of the acquis communautaire social*

The ECJ may seek a solution which accommodates the approaches adopted in the Opinions of the Advocates General in *Viking* and *Laval*. In very brief outline, this could involve the following five steps.

- In *Viking*, Advocate General Maduro takes the position that in cases of relocation, collective action is permitted to combat social dumping provided it is taken *before* the relocation occurs.
- Relocation is almost invariably accompanied by collective dismissals of workers. The ECJ in Case C-188/03, *Junk*, declared unequivocally that any decision to collectively dismiss workers can only be taken after the completion of the process of information and consultation.⁷⁴
- Relocation between Member States will often be the action of multinational enterprises. European works councils (EWCs) have successfully taken legal action to block decisions by multinationals where the enterprise failed to comply with the requirements of the EWCs directive.⁷⁵
- The conclusion, consistent with the reasoning of Advocate General Maduro in *Viking*, is that collective action *should always be possible* as any decisions affecting the workforce *cannot* be taken until the information and consultation requirements have been complied with.⁷⁶

dards of worker protection, even after relocation has taken place. In effect, therefore, such a policy would be liable to protect the collective bargaining power of some national unions at the expense of the interests of others, and to partition the labour market in breach of the rules on freedom of movement. By contrast, if other unions were in effect free to choose, in a given situation, whether or not to participate in collective action, then the danger of discriminatory abuse of a coordinated policy would be prevented. Whether this is the situation in the circumstances of the present case must be left to the referring court”.

74 *Irmtraud Junk c. WolfgangKuhnel als Insolvenzverwalter uber das Vermogen der Firma AWO*, Case C-188/03, 27 January 2005, paras. 40-45, interpreting Council Directive 75/129 of February 17, 1975 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective dismissals, OJ L 48/29, as amended by Directive 92/56 of 24 June 1992, OJ L 245/92. Now consolidated in Council Directive 98/59/EC of 20 July 1998 on the approximation of the laws of the Member States relating to collective redundancies, OJ L 225/16.

75 Council Directive 94/45/EC of 22 September 1994 on the establishment of a European Works Council or a procedure in Community-scale undertakings and Community-scale groups of undertakings for the purposes of informing and consulting employees. OJ L 254/64 of 30.9.94. Council Directive 97/74/EC of 15 December 1997 extending to the United Kingdom Directive 94/45/EC. OJ L 10/22 of 16.1.98. There are three recent decisions of national courts in Belgium (British Airways, Cour de Travail de Bruxelles, 6 December 2006) and France (Gaz de France, Tribunal de Grande Instance et Cour d'Appel de Paris, 15 November 2006; Alcatel/Lucent, Tribunal de Grande Instance de Paris, 27 April 2007).

76 Not only the EWC Directive, but also Council Directive No. 2002/14 establishing a framework for informing and consulting employees in the European Community. OJ 2002, L80/29. 2002/14.

- According to Advocate General Mengozzi in *Laval*, the balance between fundamental rights to collective action protected by the EU legal order and economic freedoms guaranteed by the Treaty is determined by the criterion of proportionality. This criterion has major defects as a matter of practical application by courts in different Member States. The ECJ should provide further guidance in the form of a criterion of “proportionality” inspired by Advocate General Maduro’s Opinion in *Viking*. The criterion would be whether the employer had complied with the EU obligation to inform and consult prior to any decision, on relocation or on any other matter, requiring such a process of prior engagement with the workforce. Failure to do so would automatically make any resulting collective action proportionate.

This solution provides a criterion with both doctrinal and practical advantages. It is a specifically EU criterion of proportionality based on the *acquis communautaire* of EU Directives requiring information and consultation, Article 27 of the EU Charter (the fundamental right to information and consultation) and the transnational nature of enterprises and of collective action in the EU.

If complied with, it contributes to avoiding the negative consequences of both litigation (seeking remedies in the form of injunctions from national courts to enforce the obligation to inform and consult) and collective industrial action by workers. It is a solution which reconciles respect for the international labour law standards of the ILO with the specific context of the *acquis communautaire social*.

VI. Conclusion

The ECJ’s jurisdiction in labour law offers the prospect of consolidating the EU as a major player in the emerging legal order of globalisation. It becomes a leader, not a follower in the wake of the ILO and the WTO. EC labour law, by virtue of its character as a supranational law with supremacy over national labour laws, already partakes of the character of a higher norm. It is European as reflecting the cumulative experience of national labour laws, filtered through the prism of the EU institutions and refined in the crucible of the developing European polity. The EU Charter’s labour rights, becoming part of an EU social constitution, would reinforce this status. The EU social constitution may become a model for international labour law.

The Impact of National Labour and Social Law on the Law of the European Community

Niklas BRUUN

I. Introduction

There are two main channels through which national law can have an impact on the law of the European Community. The first is through legislation adopted by the Community institutions (regulations, directives, decisions etc.). The second is through the Court practice of the European Court of Justice (ECJ). I will comment on both.

I start with a simple distinction between three different types of EC law. This is followed by a discussion in the light of some examples of how national labour and social law influences the law of the European Community.

II. Different types or categories of EC labour and social law

- National labour laws harmonised through EC Directives or other instruments: The extensive EC regulation on health and safety forms one example of such harmonization. During such a legislative process of harmonization it is always possible that one or another country forms a model for the EC legislator, although in practice EC law usually is designed as a compromise between different national models.
- Regulation of the labour or social law aspects of cross-border or genuinely transnational phenomena involving labour in the internal market: European Works Councils, European Companies (SE), posting of workers, co-ordination of social security for workers who have been working in different Member States, etc.. Here the specific transnational feature of the regulation indicates that it cannot as such directly copy any national regulation.
- Indirect “regulation” is the third type of regulatory measures on EC level that have an impact on labour and social law: a strong internal market legal regime may restrict national labour and social law rights or practices; examples include competition law vs. collective agreements, economic rights to free movement vs. the right to collective bargaining and the right to resort to collective action, etc. Another kind of such indirect restriction is the prohibition of a trade union representative on a listed company’s board of directors to discuss issues concerning

the restructuring of the company with trade union colleagues, due to Directive 89/592/EEC on insider dealing (see ECJ Case C-384/02).

III. The European model and structural differences in the legal systems of the Member States?

National industrial relations and labour law systems in different Member States vary to a large extent. Variations can be traced on a structural level. This reflects the basic conceptual structure of this particular field of law.

Relevant distinctions include:

- *private law/ public law,*
- *public sector employees/private sector employees,*
- *the definition of an employment relationship, etc.*

There are significant differences between individual Member States. For example, these differences could result in different perceptions of whether working time regulation should be regarded as falling under the legislative competence of the former 118A of the Treaty. This stated that:

“Member States shall pay particular attention to encouraging improvements, especially in the working environment, as regards the health and safety of workers, and shall set as their objective the harmonization of conditions in this area, while maintaining the improvements made”.

When the UK tried to nullify the Working Time Directive (93/104/EC, later consolidated as 2003/88/EC), the ECJ could have engaged in a lengthy analysis of the public law features of health and safety regulation in many Member States, in contrast to private law features of the regulation of working time. Instead, the Court adopted a very pragmatic approach. It emphasised that the powers given to the Community legislator should be given a broad interpretation covering “a state of complete physical, mental and social well-being” in accordance with the preamble to the Constitution of the World Health Organisation, to which all Member States belong (see ECJ Case C-84/94).

Structural differences also relate to the role and powers of the social partners at national level to bargain on issues that might be regulated by law.

The tradition of so-called “quasi-dispositive clauses” in Nordic labour legislation is well known. It has had a clear structural impact on EU law, both on the Treaty level (Article 139.2) and in several Directives. For instance, in the Directive on Working Time, Article 18:

“Derogations may be made from Articles 3, 4, 5, 8 and 16 by means of collective agreement or agreements concluded between the two sides of industry at national or regional level or....”.

Originally these kinds of provisions were called “Christophersen clauses” after the Danish European Commissioner for Economic and Financial Affairs (1985-1995), Henning Christophersen, who was a strong proponent of them.

General principles of labour or social law can seldom be related to one Member State only. Many academics were therefore somewhat surprised when the prohibition of age discrimination was declared to be a general principle of EU law in the *Mangold* decision (ECJ Case C-144/04). In fact, that seems to relate more to EU law than to specific national legislation. The creator of such legal principles is the ECJ; the Court has taken on an active role in this respect.

IV. Evolutionary features of EU labour law

The evolution of EC law occurs through an interaction between Community legislation and court practice and between national and EU law. National law certainly has an impact. The internal market consists of national states and is therefore both national and European at the same time.

At least three types of legal evolution can be traced as standing behind the legal instruments of EC law.

First, there is the relatively rare situation where the EU institutions take the lead in regulating a specifically new and more or less unregulated area (in the Member States). To some extent, the EC regulation of discrimination (first, discrimination based on nationality, then sex discrimination, and later a long list of grounds) reveals such features.

Second, there is the normal situation where most Member States have an established legal tradition and regulations concerning a specific issue, which then becomes the object of a harmonisation effort at EC level.

Third, there is the situation where one or more Member States succeed in exporting their regulatory model, which becomes harmonized to apply to all Member States.

A normal legislative situation in labour law may involve a substantial number of Directives (on collective redundancies, transfer of undertakings, insolvency, working time, work environment, part-time work and fix-termed work, just to mention a few). Each Member State had its own national regulation of the field as a starting point. This will normally be regarded by each state as a reasonable basis for harmonization. Each state will try to convince the others that this is the best way to proceed. The negotiations in the Council become a process for adaptation to different models and finding workable compromises.

A more rare situation occurs when one country succeeds in exporting its legislation to other countries. When the EC adopted Directive 91/533/EEC on an employer's obligation to inform employees of the conditions applicable to the contract or employment

relationship, it imported a legislative innovation from Britain, adopted in the Contracts of Employment Act in 1963.¹

V. Cross-border or transnational issues

The harmonisation of national law becomes especially complicated when concerned with specific internal market issues that create special problems to be solved at EU level. One example is that of multinational companies and workers' representation: this has been difficult to solve, for instance, in relation to the European Company (SE) Regulation.

The process of adopting the Posted Workers Directive (96/71)² (later PWD) illustrates how interaction between national and EU law occurs on several levels. I describe first its main contents, followed by some examples as to the interaction of national and EU law in the legislative process leading to the PWD.

The main purpose of the PWD is to impose the nucleus or "hard core" of labour laws on labour relations for cross-border posted workers. The Directive applies to undertakings established in a Member State which, in the framework of transnational provisions of services, post workers to the territory of another Member State. A "posted worker" according to the Directive (Article 2) is a worker who for a limited period carries out work in the territory of a Member State other than the State in which he normally works. This nucleus part of labour law covers above all wages and paid holiday provisions, safety and health measures, conditions for hiring-out of workers etc., as defined by Article 3 PWD. The PWD includes (Article 3(10)) the option to impose the wages and other nucleus provisions in host state collective agreements also in sectors other than construction. This imposition of host state wages and other nucleus provisions applies in construction sector always from the first day onwards whereas in initial assembly and/or installation of goods (outside construction sector) the home state wages and holiday provisions apply if the period of posting does not exceed eight days (Article 3(2)). For small works and always by means of a representative collective agreement a threshold period of up to one month for the application of the host state conditions can be set up, but these options have obviously not been used at all.

The PWD regulates issues that are closely related to fundamental principles of EU law. The legal structure created by the PWD (in a nutshell: imposition of the host state conditions as a minimum) is akin to the equal treatment principle inherent in the free

1 See more in detail, Kenner, *Industrial Law Journal* 1999, 205-231. Kenner writes: "Remarkably, the Employee Information (Contract or Employment Relationship) Directive represents, with important adaptations, a rare example of an export of labour law from Britain to the Community..." (p. 206).

2 Directive 96/71/EC of the European Parliament and of the Council of 16 December 1996 concerning the posting of workers in the framework of the provision of services.

movement of workers (Article 39 EC and Regulation 1612/68), which is one of the fundamentals of the whole internal market and a reflection of equal treatment regardless of nationality, one of the leading principles of the Community (Article 12 EC). Secondly, it shows a certain elasticity of EU law in the sense that it was adopted within the framework of the services provisions of the EC Treaty although the material provisions are largely of labour law, normally subject to the Social Policy Title of the Treaty. Thirdly, the PWD represents an amalgamation of the interests of management and labour, or, as Recital 5 puts it: “Whereas any such promotion of the transnational provision of services requires a climate of fair competition and measures guaranteeing respect for the rights of workers”. Thus, from the point of view of EU law the PWD seeks to create a competitive environment of neutrality in relation to working conditions.

This neutrality becomes, however, more nuanced and closer to the labour market reality if seen in its final national context. Thus, domestic employers get directly by virtue of EU law the guarantee that foreign competitors are not allowed to use posted manpower with wages etc. lower than those binding them as national *erga omnes* provisions. Domestic workers and their organisations get a similar guarantee which, however, does not mean to endorse their wages if these are higher than those in the ‘books’, i.e. in the collective agreement concerned. Hence, the influx of manpower, for instance in the construction sector of Germany since early 1990s, with wages strictly equal to the minima in the collective agreement concerned, creates pressure against actual domestic wages above that level and the PWD stops this pressure on the level of the collective agreement concerned. Accordingly, while it is impossible to protect these higher wages by national law, it is equally impossible in terms of EU law.

In the legislative process leading up to the PWD, the first landmark was the judgment *Seco* of 1982 in which the ECJ as an *obiter dictum* confirmed the right of Member States to extend their laws and collective agreements to cover also posted workers.³ This happened contrary to the express opinion of the Advocate General who found the compulsory tolerance of low-wage competition to be one of the fundamental features of the Common Market. The *obiter dictum* was repeated by the ECJ in *Rush Portuguesa*⁴ in 1990. That case concerned a Portuguese company that posted its personnel to railway works into France. This episode together with the *obiter dictum* of the ECJ was the vehicle for France when it adopted a new posting law in 1994 (then L342-3 of the Code du travail). On the European scene, this also gave a strong push towards establishing a qualified majority behind a PWD with no obligatory threshold period in the application of host state terms and conditions. Adopting a national posting law in Germany in February 1996 (Arbeitnehmer-Entsendegesetz, AEntG) had a similar effect on the discus-

3 Joined Cases 62/81 and 63/81 *Seco and Desquenne & Giral v EVI* [1982] ECR 223, paragraph 14.

4 Case C-113/89 *Rush Portuguesa Lda v Office national d'immigration* [1990] ECR I-1417, paragraph 18.

sion among legislators in the EC Council.⁵ Also the German act was prepared on the basis of *Rush Portuguesa*, but in a climate of already rampant wage dumping by foreign contractors active in Germany. On the other hand, the PWD under preparation also had a certain legitimizing effect on national legislative debates because the Directive was to turn the extension of host state terms and conditions from an option into an obligation of the Member States.

However, the PWD did not establish any special wage category/ies applicable to posted workers as did the AEntG, but left the definition of the minimum wages concerned up to national law and/or practice (Article 3(1), second subparagraph). Without doubt, however, the PWD and European law in general terms allow the special lower wage categories applied to posted workers under the AEntG because they are applied also to domestic non-organized workers and employers.

Leaving the definition of the minimum wage up to the Member States corresponds to the typical limits of European legislation, directives in particular: the EU establishes premises, principles and goals, whereas the Member States provide the means and details to implement the European obligations. By basing its main obligation, i.e. the application of the host state pay provisions, essentially on national law, the PWD is linking EU labour law with national labour law *in the EU*.

Finally, the EC Treaty has an effect also on the interaction of European and national law by requiring that the Member States, in implementing the PWD, respect also the obligations stemming directly from the services provisions of the Treaty (Articles 49 and 50 EC).⁶ In practice, the requirement that the national measures must be proportionate, seems to work (only) as a safety valve against social protectionism,⁷ which corresponds to the PWD's nature as a minimum directive (Article 3(7)).

To sum up, the process of adopting the Posting of Workers Directive illustrates how interaction between Member States and EU institutions occurs on several levels. The ECJ gave its *Rush Portuguesa* judgment (Case C-113/89) in 1990, France adopted legislation in 1994 and Germany in 1996, just before the Directive 96/71/EC was adopted in 1996. In order to meet Danish and Swedish concerns, the Directive contains a Christophersen clause (Article 3.8) and it explicitly stipulates that it does not cover industrial action (Preamble, Recital 22).

5 The contents of the PWD became fixed by the common position of the Social Council of 29 March 1996.

6 Case C-60/03 *Wolff&Müller* [2004] ECR I-9553, paragraphs 30 to 35; identically in case C-490/04 *Commission v Germany*, judgment of 18.7.2007, nyr, e.g. paragraph 19.

7 See case C-341/02 *Commission v Germany* [2005] ECR I-2733, where the proportionality requirement in paragraph 24 was de facto elaborated (i.e. alleviated) by the criterion of normal cases ('it is entirely normal...') in paragraph 40, operative in the final assessment of the national implementing measure. Hence, what is normal is also proportionate. In broader terms, *Wolff&Müller*, paragraph 44, and C-490/04 *Commission v Germany*, paragraph 46, refer to (social) protection of workers as the yardstick of proportionality assessment.

VI. “Indirect regulation”: Competition law and collective agreements

What I described as indirect regulation by European law has a crucial impact on labour law, but is mainly accomplished by the ECJ. A good example of this situation was the ECJ case *Albany* whereof I give a summary explanation. Thus, the judgment of 21 September 1999 in the joined cases *Albany*, *Brentjens* and *Drijvende Bokken*⁸ filled in a gap of more than forty years in the EC Treaty by defining the relationship between collective agreements and competition rules, notably Article 81 EC. Each of the three cases dealt with a single sectoral pension fund in the Netherlands – each running a supplementary occupational pension scheme established by a sectoral collective agreement that had been declared binding *erga omnes*. This meant that every worker in the three sectors concerned had to be affiliated to the sector’s fund unless the fund itself granted an exemption. The funds operated on the basis of sector-wide solidarity, for instance by levying flat rate contributions and by linking the benefits to an average wage.⁹ The companies concerned wanted to dispense with the compulsory affiliation by arranging similar or better pension benefits, as they argued, for a lower price outside the fund. They invoked Article 81 (ex 85) EC on competition that notoriously is a fundamental provision for the functioning of the internal market and is also directly effective EU law.

The judgment was based upon a double assessment: first, on the status in principle of the negotiating social partners in relation to competition rules, followed by a positioning of the resulting collective agreements in the same relation.

Thus, the ECJ reasoned that restrictions of competition are inherent in collective agreements but continued, with a reasoning on the level of social values, that “the social policy objectives pursued by such agreements would be seriously undermined if management and labour were subject to Article [81(1)] of the Treaty when seeking jointly to adopt measures to improve conditions of work and employment”.¹⁰ This exclusion was contrary to the opinion of Advocate General who resumed that there is between the negotiating employers an implied agreement in the sense of Article 81 EC¹¹ – a reasoned statement that, however, disregarded the most essential legal ingredient of a collective agreement, namely the contractual relationship *between* the social partners (not any stipulations *inside* a party).

⁸ See cases C-67/96 *Albany* [1999] ECR I-5751; C-115 to 117/97 *Brentjens* [1999] ECR I-6025; and C-219/97 *Drijvende Bokken* [1999] ECR I-6121. For an overall analysis of the judgment, see Bruun Niklas & Hellsten Jari (eds.), *Collective Agreement and Competition Law in the EU*, DJØF Copenhagen 2001 (Bruun & Hellsten). As to later doctrinal discussion, see Hellsten Jari, *On the Social Dimension in the Context of EC Competition Law*, Ministry of Labour, Publication 323/2006; http://www.mol.fi/mol/fi/99_pdf/fi/06_tyoministerio/06_julkaisut/06_tutkimus/tpt323.pdf.

⁹ See paragraphs 75 and 108 of *Albany*.

¹⁰ Paragraph 59 of *Albany*.

¹¹ Paragraphs 237-244 of the opinion of 28.1.1999.

The ECJ confirmed, on the basis of an effective and consistent interpretation of the EC Treaty as a whole, that collective agreements by virtue of their nature and purpose did not fall within the ambit of Article 81 EC.¹² “Nature” in this case meant that the agreement was made in the form of a collective agreement and resulted from negotiations of representative social partners.¹³ “Purpose” meant that the scheme concerned sought generally to guarantee a certain level of pension for all workers in the sector and therefore contributed directly to improving one of their working conditions, namely their remuneration.¹⁴ Thus, while the judgment unequivocally established the immunity of collective agreements in relation to competition rules (where the nature and purpose test finally works as a safety valve against masked distortion of competition), it left open whether the limits of such immunity are defined by ‘social policy objectives’ or ‘working conditions’.¹⁵

The grounds in the reasoning of the ECJ¹⁶ were anchored even in Articles 2 and 3 EC and referred also to Article 118b of the old EC Treaty (now Article 139 EC) on contractual relationships between social partners, as well as to the social dialogue provisions in the 1992 Maastricht Social Policy Agreement. Notable also is that the immunity of collective agreements resulted from an effective and consistent interpretation of the EC Treaty as a whole, which implies, given alone the nature and purpose test applied, that no traditional proportionality assessment was performed in the application of immunity. *Albany* further creates the basis of immunity also for European and company-level collective agreements. From today’s perspective, i.e. after the adoption of the EU Charter of Fundamental Rights and certainly after its introduction as a valid source in interpreting EU law¹⁷ as well as in light of the forthcoming Reform Treaty, the grounds of the ECJ in *Albany* are precisely reinforced by the fundamental rights argument (which the ECJ was able to disregard in 1999).

VII. The relevance of the *Albany* case for industrial action

The outcome of the *Albany* case was a good example of so called indirect regulation of the limits in which collective agreements can operate. A more restricted approach

12 Paragraph 60 of *Albany*.

13 Paragraph 62.

14 Paragraph 63.

15 Further case-law, thus cases C-180-184/98 *Pavlov* [2000] ECR I-6451 and C-222/98 *van der Woude* [2000] ECR I-7111, has not decided this issue. A decision thereon would obviously require a case that falls inside ‘social policy objectives’ but outside ‘working conditions’.

16 Paragraphs 54 to 58 of *Albany*.

17 Case C-540/03 *Parliament v Council* [2006] ECR I-5769, paragraph 38; case C-432/05 *Unibet*, judgment of 13.3.2007, nyr, paragraph 37; and case C-303/05 *Advocaten voor de Wereld*, judgment of 3.5.2007, nyr, paragraph 46.

would have created serious problems for collective agreements in several Member States, and the approach of the ECJ was well founded. The ECJ adopted a clear approach: creating an immunity for certain typical terms in collective agreements regulating “conditions of work and employment” or having “social policy objectives”.

This is very much a Nordic approach. In all the Nordic countries, the legislator long ago defined a certain area for collective bargaining in which competition law does not apply. The advantage of such an approach is that there is no need for balancing acts or “proportionality” reasoning in cases that are of a normal type.¹⁸

The approach taken by the two Advocates General, Mengozzi and Maduro, in the pending cases *Laval* (Case C-341/05) and *Viking* (C- 438/05) takes another route which raises some concern.

Again the issue at stake is whether the Treaty provisions on economic freedoms (free movement of services, right to free establishment) restrict the right or freedom to undertake national or transnational industrial action. Indirectly, the answer to such a question will have an impact on national industrial relations and how trade unions can defend the interests of their members.

Indeed, the most important reference question in the collective action case *Viking*¹⁹ asks exactly about the interpretation of *Albany* by analogy as regards the relationship of rules on freedom of establishment and services on the one hand, and on collective action on the other.

Both Advocates General recognize the right to take collective action as a fundamental right in EU law. In that respect they clearly build on the national constitutional traditions in most Member States (which again are based on such relevant international treaties as ILO Conventions 87 and 98 and the European Social Charter), and also on the developments in the European Union where Article 28 of the Fundamental Rights Charter prescribes that “[w]orkers or their respective organisations, have, in accordance with Union law and national laws and practices, the right to negotiate and conclude collective agreements at the appropriate levels and, in the cases of conflicts of interest, to take collective action to defend their interests, including strike action”.

However, the Advocates General appear to want to introduce a kind of “proportionality” test to balance between free movement of services and freedom of establishment in the EU, on one hand, and the fundamental right to take collective industrial action, on the other.²⁰ This means that they are abandoning the *Albany* approach. They do not seem to agree that, given that competition rules are an elementary part of the foundations of the Community in the same way as the rules on free movement of services or free establishment, it is justified to regard the *Albany* immunity as a general principle

18 See Bruun & Hellsten pp. 53.

19 Pending case C-438/05 *International Transport Workers’ Federation and Finnish Seamen’s Union v Viking Line*.

20 Maduro does not explicitly use the word proportionality, but his reasoning contains similar elements.

shaping the overall understanding of the developing relationship between economic and social factors in the EU.

The Advocates General apparently do not take into account that any immunity for industrial action should, even under the Albany approach, be limited to genuine action related to “conditions of work and employment” or legitimate “social policy objectives”. Under such an approach it could be perfectly possible for the national courts to restrict industrial action with clearly discriminatory aims. If, say, a trade union takes action in order to keep certain nationalities or groups outside the labour market altogether, this would fall outside the ambit of immunity and be forbidden. Such an approach could also integrate a vision of social justice into the conception of free movement (free establishment) in EC law, which the Advocates General fail to do.

The proposed methods of conducting the proportionality balancing test remain rather unclear in the opinions presented by the Advocates General. For *Mengozzi*, the proportionality test seems to focus on the aim of the industrial action, although he also addresses the way it is carried out:²¹

“I consider that... Directive 96/71 and Article 49 EC do not prevent trade unions from attempting, by means of collective action in the form of blockade and solidarity action, to compel a service provider of another Member State to subscribe to the rate of pay determined in accordance with a collective agreement which is applicable in practice to domestic undertakings in the same sector that are in a similar situation and was concluded in the first Member State, to whose territory workers of the other Member State are temporarily posted, provided that the collective action is motivated by public interest objectives, such as the protection of workers and the fight against social dumping, and is not carried out in a manner that is disproportionate to the attainment of those objectives.”

For *Maduro*, the proportionality test seems to emphasize an evaluation of the effect of the industrial action. An effective coordinated collective action based on an obligation imposed on national unions to support collective action that has the effect of partitioning the labour market is in his view not proportional.

All in all the balancing tests proposed by the Advocates General seem to introduce completely new, unknown and vague balancing criteria, which are unknown in the practice of international treaties regulating the right or freedom of industrial action. These criteria apparently go much further in restricting the right to take collective action than do present national restrictions on this constitutional right.

The result – if their Opinions are followed – could lead to a constitutional dilemma from the point of view of national law. This is something that should be carefully anticipated by the ECJ. In particular, where the Court produces judgments that profoundly interfere with an area where European Union legislative competence is explicitly restricted, the Court should be cautious in introducing restrictions. The kind of restrictions proposed by the Advocates General reflect some lack of insight as to how labour law operates in practice. For instance, the possibility for a federation to impose an obligation on a member union, based on membership and internal rules, to take part in common

21 Opinion of Mengozzi (Case C-341/05, 23 May 2007) p. 307.

collective action forms a basic principle of freedom of association as it has evolved in ILO practice. If the paths proposed by the Advocates General are followed by the ECJ, we risk at least two things: First, the vague guidance on proportionality assessment will lead to highly divergent national assessments in different Member States. In the process, the interpretation of the impact of such important Treaty articles as Articles 43 and 49 will become completely different in various Member States. Second, the ECJ is at risk of opening the floodgates for future cases concerning industrial conflict that are brought before the Court in order to further develop and get clarification on the internal market restrictions on the right to industrial action.

The conclusion is that the ECJ in the pending cases will have to decide upon how to integrate the right to transnational industrial action into EC law. This process forms an illustrative example of how different national models “compete” as regards their influence on the formation of EC labour law.

Slovenian Labour and Social Law in Relation to the EC Law

Barbara KRESAL

I. Introduction

In today's economy, which is becoming more and more globalized, labour and social law still remain mostly national. Even in the European Union (EU), the most advanced regional organisation in the world, the Community is not competent for issues like pay, freedom of association, strikes and other industrial action. Other important topics like social security, job security and workers participation are subject to the unanimity rule.¹

However, within the EU it is constantly emphasised that sustainable economic growth goes hand in hand with social cohesion. »Existing international economic and social rules and structures are unbalanced at the global level. Global market governance has developed more quickly than global *social* governance.«² The European social model, based on flexicurity, aims at strengthening the social aspects of development strategies adequately. The EU is seen by many as an important international actor in preserving and developing further such a model, which tries to balance between economic and social interests and respects European social heritage as well. In this respect, the role of the Court of the European Communities (the European Court of Justice – ECJ) may not be overlooked.

An important body of *acquis communautaire* has been developed in the field of labour and social law during the 50 years of European integration. There are many directives relating to labour relations and social security, addressing issues like prohibition of discrimination and the principle of equal treatment, collective dismissals, transfers of businesses and undertakings, protection of workers' claims in case of the employer's insolvency, protection of safety and health at work, etc. And the ECJ has issued many

1 *Blanpain, R./Colluci, M.* (2004): *The Globalization of Labour Standards*, Kluwer, The Hague, p. 1-5. Blanpain points out that there is no countervailing power, either regional or international, to transnational economic decision-making. And national states remain weak in this regard. Casale, for instance, speaks about »the progressive erosion of state sovereignty«. Global economic integration weakens government's intervention in macro-economic and social policies; states are competing to offer transnational economic actors the best tax, legislative and social conditions to attract investment. (*Casale, G.* (2005): *Globalization, Labour Law and Industrial Relations – Some Reflections*, In: *Blanpain (ed.): Confronting Globalization, The Quest for a Social Agenda*, Kluwer, The Hague, p.39-40).

2 *EU Commission* (2005): *Promoting Core Labour Standards and Improving Social Governance in the Context of Globalization*, In: *Blanpain (ed.): Confronting Globalization, The Quest for a Social Agenda*, Kluwer, The Hague, p. 55-56.

important judgements in this field of law which consequently influenced the development of labour and social law within the Member States as well as at the Community level.³ Simitis stresses that “(r)ather than being a simple executor, the Court continues and complements the regulatory process initiated by the Treaty. It is through this ceaseless restatement of the original rules that the Court achieves its ‘creative’ appropriation of the Treaty.”⁴

In this context, the question about the relationship between the national labour and social law and the EC law in this field is of a particular importance.⁵

The interaction between the national law (labour and social law, for instance, as well as any other field of law) and the EC law may occur in different ways. The discussion on the impact of the EC law on the national labour and social law is common, whereas the discussion on the impact of the national labour and social law on the EC law can sometimes also be provocative.

3 Sciarra emphasises the importance of the ECJ in this process and at the same time the interaction between the ECJ and the ‘community of courts’ (national courts within the European legal system). “The ECJ has been driven by national courts in addressing central points of Community law: direct effect, supremacy, the protection of fundamental rights, common market and competition rules and the social dimension. ... ECJ rulings, when set in motion by national preliminary references, are intended first and foremost to provide an answer to the specific questions put by the referring courts. However, the Court’s power to penetrate domestic legal systems has, over the years, proved to be more pervasive and at times more challenging than mere compliance with supranational law might have implied. ... the words of the ECJ are spoken loudly and listened to very carefully, even by those who are not direct interlocutors.”(Sciarra, S. (2001): *Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device*, In: Sciarra, S. (ed.): *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, p. 1-30). Many authors point out the important role of the ECJ for the development of the European labour and social law (Malmberg, J. et al. (2003): *Effective Enforcement of EC Labour Law*, Kluwer, The Hague, s. 28, 37; Blanpain, R. (2006): *European Labour Law*, Kluwer, The Hague, p. 73-81); Barnard, C. (2000): *EC Employment Law*, Oxford University Press, Oxford, p. 28-36; Heide, I. (2004): *Gender Roles and Sex Equality – European Solutions to Social Security Disputes*, ILO, Geneva, p. 14-17; Simitis, S. (2001): *The Complexities of Living With and Interpretation Prerogative – Some Observations on an Imperfect Dialogue*, In: Sciarra, S. (ed.): *Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, p. 291-300; Bercusson, B. (2005): *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, In: De Búrca, G./De Witte, B. (ed.): *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, p. 170, 176-183; and others).

4 Simitis (2001), p. 292.

5 Beside the European Union, the International Labour Organisation (ILO) with its conventions and recommendations and the Council of Europe (CE) with its European Social Charter (and similar organisations in other regions) are the relevant international actors in the development of labour and social law. The relationship between the EC law in this field and the fundamental social rights guaranteed by the ILO's and the CE's legal instruments is also an important, yet sometimes delicate issue, but it will not be dealt with further in this article. Here, I shall only point out the question of the possible ratification of the European Social Charter (revised), together with the European Convention of Human Rights, by the European Union. For more see De Schutter, O. (2005): *Anchoring the European Union to the European Social Charter – the Case for Accession*, In: De Búrca, G./De Witte, B. (ed.): *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, p. 111-152.

II. The process of harmonisation of the Slovenian labour and social law with the requirements of the EC law

In Slovenia, who became a Member State of the EU only three years ago, on 1 May 2004, the reflection about the impact of national labour and social law on the EC law is not usual, but something new, even unthinkable. The EC law is considered as an imperative, according to which Slovenian legal regulation is to be adapted, also in the field of labour and social law (of course, only regarding the issues which are subject of the EC legal rules).

In Slovenia, the last fifteen years (since the state independence and the change of the political and socio-economic system in the beginnings of 1990's) have been marked with the consistent changes of the entire legal order, one of the main characteristics of that process being the requirement that the legal regulation has to be harmonised with the EC law, with the entire *acquis communautaire*.

The systematic harmonisation of the Slovenian legal system began in 1993 when the Standing orders of the Government of the Republic of Slovenia laid down the obligation that every draft act, or amendment thereof, be explained as regards its compliance with pertinent EC regulations and directives, with the goal of assuring, as near as possible, conformity with the existing EC law. Končar points out that such an approach was based on the belief that the adoption of such solutions would also facilitate the goal set, namely, transition into market economy.⁶

This requirement was important when preparing new labour legislation, which was enacted in 2002 and came into force 1 January 2003.⁷ Proposed solutions had to be in accordance with the relevant EC directives in the field of labour law and social security. Requirements stemming from the EC law were a very important (sometimes decisive) factor in argumentation of the proposed solutions.

Harmonisation process has sometimes led to the introduction of new institutions not known before in the Slovenian labour law system, to the adoption of explicit legal provisions relating to the principles already acknowledged in the legal system or to more detailed and precise regulation of respective rights and obligations. The transposition of the EC law has already caused difficulties in the implementation of adopted new rules in certain cases (for instance, the regulation of working time). Not only the adopted directives, but also proposals of directives which up until now did not obtain support from the EU Member States were taken into consideration, when adopting the new Employ-

6 Končar, P. (2006): Slovenian Labour Law and European Integration, Transition Studies Review, May 2006, Vol. 13, No. 1, p. 38 (<http://www.springerlink.com/media/1exdm0d7nm7wrma13mfk/contributions/c/1/7/4/c174px38n36110m7.pdf>).

7 Employment Relationships Act (*Zakon o delovnih razmerjih*, Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 42/2002).

ment Relationships Act in 2002 (in this regard, a regulation of temporary employment agencies can be mentioned).⁸

In this process, the case-law of the ECJ has been considered, too. Legal theory has analysed many important judgements of the ECJ which are relevant in the field of labour law and social security. In the period before the accession of Slovenia to the EU, the courts in Slovenia, including labour and social courts, have paid a lot of attention to the EC law and the ECJ within their training and educational programmes. Special attention was given to the issue of the preliminary ruling proceedings and the role of national courts in this regard. Labour and social courts were aware that they, too, would have to follow the decisions of the ECJ from the day of full membership of Slovenia in the EU on and that they would have to use the mechanism of the preliminary rulings in many cases, brought before labour and social courts after the accession of Slovenia to the EU.

Considering all that, it is understandable that there has been no real discussion in Slovenia on the possible ways in which the national labour and social law could influence the EC law. The EC law and the case-law of the ECJ have been considered as something already determined and defined, not as a variable. The variable in this relationship was considered to be Slovenian domestic law, which had to be adapted, harmonised with the requirements of the EC law.

III. Interaction between the national law and the EC law?

Mostly as a consequence of the requirements of the EC law, the following was – among others – introduced into the new Employment Relationships Act in 2002:

- Provisions on the prohibition of discrimination regarding the access to the employment, during the employment relationship and in relation to the termination of employment relationship on the basis of different personal circumstances, in particular prohibition of discrimination on the basis of sex; the rule on equal treatment; the rule on equal pay for equal work or work of equal value for women and men;⁹
- Provisions on the protection of workers in cases of transfer of undertakings or businesses or parts of undertakings or businesses;

⁸ Končar, p. 39.

⁹ Končar stresses that before the harmonisation with the equality directives Slovenian labour legislation did not contain any explicit provisions prohibiting discrimination in employment relationships, nor did it have any explicit provisions on equal pay. The protection against discrimination in employment was guaranteed by direct application of relevant constitutional provisions and international conventions (Končar, P. (2002): *Le droit social en Slovénie au regard de l'acquis communautaire*, Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Pessac Cedex, p. 186-187).

- provisions on the additional requirements in cases of collective dismissals;
- provisions requiring written contract of employment stating certain basic information about the employer and the employment relationship,
- etc.

Following the requirements of the EC directive on parental leave, a paternity leave was introduced into the new legislation on parental protection in 2001.¹⁰ In 1997, the legislation on guaranty fund and the rights of workers in case of insolvency of their employer was passed, the argumentation being also the requirements of the relevant EC directive.¹¹ There are more such examples.

Allow me to comment on one example. As already said, Slovenian labour legislation neither had explicit provisions on the prohibition of discrimination and the principle of equal treatment of women and men in the field of labour law, nor on the principle of equal pay. Such provisions were introduced into the Slovenian labour legislation as a result of the harmonisation with the EC law. It could be thus concluded that before joining the EU, Slovenia did not pay enough attention to these issues and that the principle of equal treatment of women and men, including the principle of equal pay, was not implemented effectively. Such assumption would be incorrect.¹²

Slovenia is one of the Member States with the lowest pay gap between women and men (8%), one of the rare Member States, which have already reached (and even exceeded) the Lisbon employment target of 60% employment rate of women, and it is on the first place regarding the employment rate of women who have children (near 85%);¹³ besides, the problem of indirect discrimination of women who work part-time,

10 Paternity leave has been introduced into Slovenian legal order by the Parental Protection and Family Benefits Act (*Zakon o starševskem varstvu in družinskih prejemkih*, Official Journal of the Republic of Slovenia, Nos. 110/06 – consolidated text, 114/06). Enacted in 2001, it has been gradually put into force, so as the fathers are entitled to the paternity leave in the full length of 90 days since 1 January 2005 (only 15 days are covered by the full pay compensation, for the rest, i.e. 75 days, the state is obliged to cover the payment of social security contributions, based on the level of the national minimum wage).

11 Public Guarantee and Maintenance Fund of the Republic of Slovenia Act (*Zakon o Javnem jamstvenem in preživninskem skladu Republike Slovenije*, Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 78/06-consolidated text).

12 Končar emphasises that the equality principle was of a particular importance during the entire period after the second world war (*Končar, P.* (2002), p. 186).

13 Slovenia is also the only EU Member State in which the employment rate of women who have children is higher than the employment rate of women without children. Namely, in all other EU Member States there is a big difference between women and men in this regard: fewer women who have children are employed than those without them, whereas, for men, in all EU Member States the opposite is true – their employment rate is higher for men who have children than for men without children. This is an important indicator of the equality between women and men and it shows how important the issue of reconciliation of family and work responsibilities is in this regard (*European Commission* (2006): *Holding a job – Having a life*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg; *European Commission* (2007): *Report on equality between women and men – 2007*, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg).

has not (yet?) occurred in Slovenia, whereas it is well known in other EU Member States and also in the case-law of the ECJ.¹⁴

Besides, Slovenia has one of the most favourable regulations on parental leaves, be it from the point of view of the equal opportunities for women and men or the height of the benefits during the parental leave (in general, parents are entitled to one year's leave with a 100% wage compensation benefit). That is, consequently, one of the important factors for better opportunities of women in the labour market and for the reducing of the gender pay gap.

Considering all that, how should one evaluate the relationship between the national law and the EC law? Which law has or should have the relevant impact on the other and how? In this regard, the rule on the minimum requirements is very important, stating that the Member States can maintain or introduce more favourable provisions for workers than set out in the directive and that the implementation of the directive may not constitute a valid ground for reducing the level of protection already afforded to the workers.

Nevertheless, the question still remains whether and if so, how could the Slovenian labour law standards influence the general minimum level of rights within the EC law, be it in the way of the content of the given directive or in the way of an adequate interpretation of the given directive by the ECJ, which could improve actual (not just formal) possibilities for maintaining a certain level of employees' rights in Slovenia.

IV. Slovenian labour and social courts and the preliminary ruling proceedings

I will continue with the same example – discrimination in employment. The requirements of the EC law regarding the antidiscrimination policy in the field of labour law, due to which the Slovenian labour legislation introduced special provisions on prohibition of discrimination, can be a very important factor for further development of Slovenian labour and social law. They offer the possibilities, legal instruments, which just have to be applied. The problem is, namely, that so far there have been almost no cases before the Slovenian labour courts which would open the question of discrimination in employment, equal treatment of women and men, equal pay, etc..

14 In Slovenia, the share of part-time workers in total employment is low (6,5%) and there is only a minimal difference between women's and men's rates (5% for men and 8,2 for women), whereas in many EU Member States part-time workers are predominantly women. In the entire EU, the total share of part-time workers is 17,7%, 7% for men and 31,4% for women. All data refer to 2004 (*Javornik, J.* (ed.) (2007): *Social Overview 2006*, Institute of Macroeconomic Analysis and Development, Ljubljana, p. 90).

When workers start to exercise their rights in this regard (and other rights stemming from the *acquis communautaire*),¹⁵ and when, consequently, the Slovenian labour and social courts have the opportunity to give judgements on these issues, the interaction between the national (Slovenian) labour and social law and the EC law in this field will occur. Requirements of the EC law will influence our legal reality, whereby the interpretations of the EC law by the ECJ should play an important role.

An important role should further go to the Slovenian labour and social courts. When applying EC legal rules, the Slovenian labour and social courts should also consider the national context, Slovenian legal reality and the respective labour and social law rules; all these may also influence the interpretation of the EC legal rules by the ECJ when deciding on the basis of the reference for a preliminary ruling submitted by the Slovenian courts.¹⁶ Besides, it is the national judges who remain responsible for settling the dispute which originated the reference, and in the end it is they who will have to decide the case.¹⁷

Pescatore stresses that “(j)udicial interpretation of Community law is a creative process, whether it serves the purpose of consolidating unstable legal principles, clarifying them or favouring further developments”.¹⁸ “A judge is not alone in the Community system: there is ever-growing responsibility towards other judges and a need to develop common interpretative criteria. Co-operation is an essential part of such a unique system of adjudication, in which each national court must preserve its own linguistic and cultural identity and yet be aware of belonging to a community of courts”.¹⁹

Sciarra further elaborates: “In all circumstances, be they the recipients of Community law or those who seek clarification on its enforcement, national courts place themselves at the centre of an inborn and yet unpredictable institutional equilibrium. They are the

15 Certain issues from EC labour and social law have already acquired more attention. For instance, claimants often refer to the EC law in cases dealing with the employees’ rights in cases of transfers, collective redundancies or abuses of fixed-term contracts of employment.

16 Of course, there are limits. Simitis mentions ‘the domestication’ of the ECJ in relation to the comparative approach in the interpretation process of the ECJ. According to Simitis, in order to delimit and reduce the ECJ’s power, “the demand that all interpretation efforts should be based on an extensive comparative approach was put forward ... the Court was expected to take the national laws as a starting-point and first and foremost to find out how they reacted to the issue at stake. They were seen as a filter through which the ECJ’s argumentation had to pass in every case.” (*Simitis* (2001), p. 297).

17 Questions referred for a preliminary ruling must be limited to the interpretation or validity of a provision of Community law, since the ECJ does not have jurisdiction to interpret national law or assess its validity.

18 *Pescatore, P.* (1986): Il rinvio pregiudiziale di cui all’Art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la corte ed i giudici nazionali, *Il foro italiano* 1986, V, p. 26 (quoted by *Sciarra* (2001), p. 1).

19 *Ibidem*. In relation to the expression ‘community of courts’ Sciarra quotes *Kilpatrick, C.* (1998): Community or Communities of Courts in European Integration, *European Law Journal*, 1998, p. 121.

vehicle for insinuating supranational norms into domestic systems and at the same time those who may vigorously, albeit indirectly, suggest the adaptation of national laws.”²⁰

Condition *sine qua non* for this delicate, yet constructive and innovative interaction between national and EC law is that the Slovenian labour and social courts really start to use this instrument and start to make references for a preliminary ruling. Only then, the interaction between the Slovenian labour and social law and the EC law in this field will be possible.

For the time being, Slovenian labour and social courts do not yet use a reference for a preliminary ruling as a regular means within the court proceedings. Up until now, neither the Slovenian Supreme Court (Department for labour and social disputes) nor the Higher Labour and Social Court nor the labour and social courts of first instance have submitted any reference for a preliminary ruling yet.²¹ This is necessary and the approach of Slovenian labour and social courts towards this issue will have to be changed in the future. As Bruun already emphasised in his chapter of this book, the evolution of EC law occurs through an interaction between Community legislation and court practice and between national and EC law.

V. *The role of the EC law and the case-law of the ECJ in the case-law of Slovenian labour and social courts*

How often do the Slovenian labour and social courts refer to the EC legal rules and/or to the case-law of the ECJ in the reasoning of their decisions?

In the database of the Supreme Court of the Republic of Slovenia, only five judgements of the Department for labour and social disputes refer to the EC law: one of them dates back to the time before the accession of Slovenia to the EU, whereas the other four judgements refer to the EC directive on certain aspects of organisation of working time.²² In the database of the Higher Labour and Social Court, there are a few more judgements which mention the EC law: they refer to the EC directive on fixed-term contracts, to the EC directive on transfers, to the EC directive on collective redundan-

20 Sciarra (2001), p. 4.

21 Bruun describes similar characteristics for Finland and Sweden after their accession to the EU. Their courts have also been relatively restrictive in deciding when to submit such reference. “... the national courts of last resort do not request preliminary rulings to the extent that might be expected. ...they avoid doing so wherever they can. During the period 1995-2003 the Swedish and Finnish courts of last resort have requested preliminary rulings on four and five occasions respectively...” (Bruun, N. (2006): Ten Years within the EU – Labour Law in Sweden and Finland following EU Accession, Swedish Studies in European Law, p. 85, 88).

22 Database at www.sodnapraksa.si (judgements of the Supreme Court, Nos. VIII Ips 45/2001, VIII Ips 79/2004, VIII Ips 37/2005, VIII Ips 216/2005 and VIII Ips 221/2005).

cies and to the EC directive on protection of pregnant women workers.²³ Only one judgement in the database of the Higher Labour and Social Court refers in its reasoning to the case-law of the ECJ; the issue at stake was a transfer of undertaking.²⁴

There are some judgements of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, dealing with labour and/or social issues, which refer to the relevant EC directives and to the relevant case-law of the ECJ. One such judgement deals with a social security issue, namely a different retirement age set for men and women for the acquisition of their rights to the old-age pension.²⁵ Another judgement of the Constitutional Court deals with the prohibition of discrimination based on sex when dismissing an employee in connection to the retirement age, which is set differently for men and for women.²⁶ It is also worth to mention the judgement of the Constitutional Court dealing with the on-call service provided by doctors in hospitals.²⁷

23 www.sodnapraksa.si. For instance, judgements of the Higher Labour and Social Court, Nos. Pdp 451/2006, Pdp 1519/2004, Pdp 1205/2004, Pdp 345/2004, Pdp 954/2005, Pdp 1174/2003, Pdp 1760/2003.

24 www.sodnapraksa.si. Judgement of the Higher Labour and Social Court, No. Pdp 954/2005, 3. 3. 2006 (the following judgements of the ECJ were used: Spijkers, Case No. 24/85; Schmidt, Case No. 392/92; Merckx, Cases Nos. 171/94 and 172/94).

25 Judgement of the Constitutional Court, No. 298/96, 11. 11. 1999 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 98/99): "...in Slovenia as in the framework of EU and elsewhere in the world, the goal of enforcing the principle of the equal treatment of men and women is universally accepted. ... However, this goal cannot be achieved only by declaring equality and simply over the night. As asserted by the National Assembly and the Government, also the EC legislation in the area of social security prescribes a gradual introduction of this principle. ... Council Directive No. 79/7/EEC on the gradual introduction (realization) of the principle of the equal treatment of men and women in cases of social security in its title demonstrates that the matter concerns the gradual introduction of the equality of men and women in determining conditions for the exercise of the rights arising under the statutory systems of social security. ... Social development brings changes also to the area of relationships between the sexes thereby requiring the abolishment of inequalities between them. Insofar as the differences between the sexes in actual life do not exist anymore, or are substantially reduced, there exists no need anymore for a different statutory regulation..."

26 Judgement of the Constitutional Court, No. 49/98, 25. 11. 1999 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 101/99): "The EC Directive ... does not prevent the determination of a different age for the retirement of men and women. This also follows from decisions by the Court of Justice of the European Communities in Luxembourg. In the case brought to the Court by the Belgium Court of Cassation (joined cases C-377/96 to 384/96) it decided on 30 April 1998 that it is not inconsistent with Directive 79/7/EEC that a national legislation prescribes a different manner of the assessment of a pension following a different age prescribed for retirement with regard to sex. However, in Case No. C-137/94, dated 19 October 1995, it decided that Art. 7 of Directive 79/7/EEC does not allow the States which had determined, following this provision, a different age for the retirement of men and women, to apply such differentiation in other areas..."

27 Judgement of the Constitutional Court, No. 321/02, 27. 5. 2004 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 62/04) refers to the EC directive on working time and to the judgements of the ECJ in the cases Simap (No. C-303/98) and Jaeger (No. C-151/02).

VI. *The internal market rules and the Community competition rules in relation to the national labour and social law*

Considering that the competence of the EC in the field of labour and social law is rather restricted and therefore the Community legislation directly regulating labour and social relations is not so comprehensive, the “indirect” regulation in the field of labour and social law is getting more and more important. What I have in mind are the internal market rules and the Community competition rules, which may (and do) to a certain extent interfere with the national labour and social regulation.

Fundamental questions are the following: where are the limits of such interferences, if and how much can these rules interfere with the national legal rules in the field of labour and social law?²⁸

If, regarding a certain issue of labour or social law, the Community has no competence to regulate it, then, it may not indirectly, through other rules, influence the national regulation of this issue either. It is rather simple to explain this rule on the theoretical level, but in practice it is very difficult to draw a line.

Also from the point of view of the Slovenian legal and constitutional standards regarding labour relations, including the freedom of association, freedom of collective bargaining and the right to strike, the issues which are raised in the cases *Viking* and *Laval* are extremely delicate.²⁹

The Slovenian Constitution guarantees freedom of association, including freedom of collective bargaining, and the right to strike. According to Article 77 of the Slovenian Constitution, the right to strike may be restricted only by law, if so required by the public interest, with due consideration given to the type and nature of the activity involved. Industrial action of the trade-unions can only be restricted upon criteria which are within the limits defined by the Constitution. National regulations of labour and social relations in Member States, including especially the constitutional rules in this field and the requirements developed in this regard by the case-law of the Constitutional Courts of the Member States have to be considered.

I would just mention (but not further elaborate) the question of relationship between the national legal order and the EC legal order in cases involving the constitutional issues, the question of relationship between the national Constitutions and the EC law, the

28 About this question see, for instance, *Löwisch, M.* (2007): Labour and Social Law in the EU Competition Policies, *Transition Studies Review*, Vol. 13, No. 1, Springer, Vienna, p. 40-43.

29 *The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti* (Case No. C-438/05; the opinion of Advocate General Maduro, 23. 5. 2007); *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others* (Case No. C-341/05; the opinion of Advocate General Mengozzi, 23. 5. 2007) – from database of the ECJ at www.curia.europa.eu.

question of relationship between the national Constitutional Courts and the ECJ; all these questions are well known and very important.³⁰

It has to be borne in mind that freedom of association, autonomy of collective bargaining and the right to strike are fundamental in the field of labour law. They are fundamental in the European industrial relations systems, emphasising social dialogue, as well as at the international level. As already pointed out by Bercusson in his article in this book, consideration of the ILO standards in this field by the ECJ would also be the right approach which reconciles respect for the international standards with the specific context of the *acquis communautaire social*.

VII. Conclusion

From the beginning of the European integration the ECJ has been an important actor in the evolution of the EC labour and social law. At the same time, national courts dealing with labour and social disputes have important role in this regard as well, especially as the ones initiating preliminary rulings' procedures and which are, in this framework, the carriers of the impact of the national labour and social law on the law of the European Community. The EC law, in the field of labour and social law as well as in any other field, can not develop further (and has – in the past – not been developed) without the context and the adequate influence of the national law of the Member States.

BIBLIOGRAPHY

- Barnard, C.* (2000): *EC Employment Law*, Oxford University Press, Oxford.
- Bercusson, B.* (2005): *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, In: De Búrca, G./De Witte, B. (ed.): *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, p. 167-197.
- Blanpain, R.* (2006): *European Labour Law*, Kluwer, The Hague, p. 73-81.
- Blanpain, R./Colluci, M.* (2004): *The Globalization of Labour Standards*, Kluwer, The Hague.
- Bruun, N.* (2006): *Ten Years within the EU – Labour Law in Sweden and Finland following EU Accession*, *Swedish Studies in European Law*, p. 59-96.
- Casale, G.* (2005): *Globalization, Labour Law and Industrial Relations – Some Reflections*, In: Blanpain (ed.): *Confronting Globalization, The Quest for a Social Agenda*, Kluwer, The Hague, p. 37-54.
- De Schutter, O.* (2005): *Anchoring the European Union to the European Social Charter – the Case for Accession*, In: De Búrca, G./De Witte, B. (ed.): *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford, p. 111-152.

30 Many authors analyse the relationship between the ECJ and the Constitutional Courts of the Member States; see for instance *Simitis* (2001), p. 293-297.

- European Commission* (2007): Report on equality between women and men – 2007, Office for Official Publications of the European Communities, Luxembourg.
- European Commission* (2005): Promoting Core Labour Standards and Improving Social Governance in the Context of Globalization, In: Blanpain (ed.): Confronting Globalization, The Quest for a Social Agenda, Kluwer, The Hague, p. 55-78.
- Javornik, J.* (ed.) (2007): Social Overview 2006, Institute of Macroeconomic Analysis and Development, Ljubljana.
- Končar, P.* (2006): Slovenian Labour Law and European Integration, *Transition Studies Review*, May 2006, Vol. 13, No. 1, p. 38-40, (<http://www.springerlink.com/media/1exdm0d7nm7wrma13mfk/contributions/c/1/7/4/c174px38n36110m7.pdf>).
- Končar, P.* (2002): Le droit social en Slovénie au regard de l'acquis communautaire, *Bulletin de droit comparé du travail et de la sécurité sociale*, Université Montesquieu-Bordeaux IV, Pessac Cedex, p. 175-192.
- Löwisch, M.* (2007): Labour and Social Law in the EU Competition Policies, *Transition Studies Review*, Vol. 13, No. 1, Springer, Vienna, p. 40-43.
- Malmberg, J.* et al. (2003): Effective Enforcement of EC Labour Law, Kluwer, The Hague, s. 28, 37.
- Sciarra, S.* (2001): Integration Through Courts: Article 177 as a Pre-federal Device, In: Sciarra, S. (ed.): Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice, Hart Publishing, Oxford, p. 1-30.
- Simitis, S.* (2001): The Complexities of Living With and Interpretation Prerogative – Some Observations on an Imperfect Dialogue, In: Sciarra, S. (ed.): Labour Law in the Courts, National Judges and the European Court of Justice, Hart Publishing, Oxford, p. 291-300.
- Employment Relationships Act (*Zakon o delovnih razmerjih*, Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 42/2002).
- Parental Protection and Family Benefits Act (*Zakon o starševskem varstvu in družinskih prejemkih*, Official Journal of the Republic of Slovenia, Nos. 110/06 – consolidated text, 114/06).
- Public Guarantee and Maintenance Fund of the Republic of Slovenia Act (*Zakon o Javnem jamstvenem in preživninskem skladu Republike Slovenije*, Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 78/06-consolidated text).
- Judgements of the Constitutional Court of the Republic of Slovenia:
 No. 298/96, 11. 11. 1999 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 98/99).
 No. 49/98, 25. 11. 1999 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 101/99).
 No. 321/02, 27. 5. 2004 (Official Journal of the Republic of Slovenia, No. 62/04)
- Judgements of the Supreme Court of the Republic of Slovenia:
 No. VIII Ips 45/2001, 15. 1. 2002
 No. VIII Ips 79/2004, 21. 12. 2004
 No. VIII Ips 37/2005, 21. 6. 2005
 No. VIII Ips 216/2005, 11. 4. 2006
 No. VIII Ips 221/2005, 11. 4. 2006
- Judgements of the Higher Labour and Social Court:
 No. Pdp 451/2006, 31. 8. 2006
 No. Pdp 1519/2004, 15. 9. 2005

No. Pdp 1205/2004, 2. 2. 2006

No. Pdp 345/2004, 20. 10. 2005

No. Pdp 954/2005, 3. 3. 2006

No. Pdp 1174/2003, 24. 10. 2003

No. Pdp 1760/2003, 18. 12. 2003

The International Transport Workers' Federation and The Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and OÜ Viking Line Eesti (Case No. C-438/05; the opinion of Advocate General Maduro, 23. 5. 2007)

Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others (Case No. C-341/05; the opinion of Advocate General Mengozzi, 23. 5. 2007)

www.us-rs.si (the Constitutional Court of the Republic of Slovenia)

www.sodnapraksa.si (case-law of Slovenian courts, including the Supreme Court, Department for labour and social disputes, and the Higher labour and social court)

www.curia.europa.eu (the ECJ)

Diskussionsbericht zu Teil II

Diskussionsleitung: *Juliane KOKOTT*

Die Diskussion beschäftigte sich nach dem Koreferat von *Ilešič* abermals mit dem Fall *Mangold*. Moderatorin *Kokott* bemerkte zur Kritik an diesem Urteil, die sich unter anderem an der Kürze der Urteilsbegründung entzündet hatte, dass in der mündlichen Verhandlung die Bundesrepublik Deutschland angekündigt hätte, fortan das Alter nicht mehr zum alleinigen Unterscheidungskriterium zu machen, sondern eine Gesetzesänderung zu verabschieden, in der weitere Kriterien wie vorhergehende Arbeitslosigkeit Berücksichtigung fänden. Diese Ankündigung sei laut *Kokott* als ein praktisches Eingeständnis einer Vertragsverletzung seitens Deutschlands zu verstehen. Wenn jedoch ein Mitgliedstaat eine Vertragsverletzung zugestehe, erübrige sich eine allzu ausführliche Urteilsbegründung. Im Übrigen sei das Urteil *Mangold* im Ergebnis durchaus vertretbar.

Im Anschluss an das Koreferat von *Kresal* widmete sich die Diskussion der Frage, wie transnationale Arbeitskampfmaßnahmen oder ganz allgemein ausgedrückt transnationale Kollektivmaßnahmen von der Rechtsprechung des EuGH zu beurteilen seien. Denn auch hier zeige sich wieder das Problem des Ungleichgewichts gemeinschaftsrechtlicher Regelungszuständigkeit, da zwar der Binnenmarkt und das wirtschaftliche Agieren durch Dienstleistungsfreiheit und Niederlassungsfreiheit im Vertrag gewährleistet seien, Arbeitskampf- und Kollektivmaßnahmen jedoch auf ausschließlich nationalen Regelungen beruhten. Erörtert wurde diese Problematik anhand des beim Gerichtshof anhängigen Verfahrens *Laval* (Rs. 341/05). Den Ausgangspunkt der Diskussion bildete dabei der Schlussantrag des Generalanwalts, in dem gefordert wurde, dass alle Arbeitskampfmaßnahmen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten hätten, was von den nationalen Gerichten zu prüfen sei. Dies wurde von anwesenden Gewerkschaftsvertretern entschieden abgelehnt, u.a. mit der Begründung, dass ein Messen von Arbeitskampfmaßnahmen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit der in vielen Mitgliedstaaten verfassungsrechtlich garantierten Koalitionsfreiheit widerspräche und das auf Verhandlungen der Sozialpartner und dem Abschluss von rechtlich verbindlichen Kollektivverträgen beruhende Arbeitsmarktmodell grundlegend ändern würde. Auch *Bercusson* sah bezüglich der Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bei der Prüfung der rechtlichen Zulässigkeit von Arbeitskampfmaßnahmen auf transnationaler Ebene erhebliche Probleme. Zwar sei es verständlich, dass einige Stimmen am EuGH versucht sein könnten, dieses wohlbekannte Kriterium auf Kollektivmaßnahmen anzuwenden. Allerdings bestünde dann die Gefahr einer zutiefst uneinheitlichen Rechtsprechung in den Mitgliedstaaten, die zu einer wahren Prozessflut beim EuGH führen würde. Wenn schon verschiedene Gerichte in ein und demselben Mitgliedstaat die Zulässigkeit einer Arbeitskampfmaßnahme aufgrund der vagen und stark auslegungsbedürftigen Verhältnis-

mäßigkeitskriterien bisweilen unterschiedlich beurteilten, wie uneinheitlich könnten dann erst Entscheidungen unterschiedlicher Gerichte in unterschiedlichen Mitgliedstaaten ausfallen? Dies hätte zur Folge, dass sich etliche unterliegende Prozessparteien ungerecht behandelt fühlen würden und den EuGH in vielen Fällen anrufen. Was man daher für die Anwendung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes bräuchte, wären bestimmte Kriterien, die sich beispielsweise aus dem „*aquis communautaire sociale*“ ergeben könnten. Weiter betonte Bercusson, dass eine Verhältnismäßigkeitsprüfung von Kollektivmaßnahmen in bestimmten Industriezweigen wie etwa der Seefahrt sehr kompliziert sei. Statt einer Prüfung am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit schlug *Bercusson* vor, Kollektivmaßnahmen aus dem Anwendungsbereich der Grundfreiheiten auszunehmen. Denn ebenso wie die IAO, die ihren Übereinkommen ein international gültiges, fundamentales Streikrecht entnimmt, könnte auch der EuGH ein solches auf die IAO-Abkommen, aber auch auf die Charta der Grundrechte stützen. Nach Anerkennung eines solchen allgemeinen Streikrechts sollte sich der EuGH dann davor hüten, dieses wieder aufgrund von kollidierenden Grundfreiheiten einzuschränken. Denn wenn man schon ein gemeinschaftsrechtlich geschütztes Recht auf Kollektivmaßnahmen anerkenne, dürfe dies dann nicht wieder über die Bestimmungen etwa der Freizügigkeit eingeschränkt werden, sondern müsse aus dem Anwendungsbereich der Freizügigkeitsregelungen herausgenommen werden. Jedenfalls stehe fest, dass es das Prinzip der IAO der allgemeinen Freiheit der Kollektivmaßnahmen gebe, was vom Obersten Gericht in Kanada auch bestätigt worden sei, welches eine wichtige Entwicklung in der Rechtsprechung darstelle.

Bruun erinnerte an den Versuch des Ausschusses für Koalitionsfreiheit der IAO, die Sachverhalte zu definieren, bei denen es zu Einschränkungen des Streikrechts kommen könnte. Dies sei eine mögliche Vorgehensweise, um das Problem in den Griff zu bekommen. Als Beispiele für legitime Einschränkungen des Streikrechts führte er die Gefährdung sog. wesentlicher grundlegender Dienstleistungen durch eine Kollektivmaßnahme oder den Einsatz gewalttätiger Mittel in einem Streik an. Da überdies das Streikrecht in vielen Mitgliedstaaten ein verfassungsmäßig garantiertes Recht sei, bilde zunächst einmal das jeweilige nationale Recht den Ausgangspunkt für die Definition des Streikrechts und seinen legitimen Einschränkungen. Dies sei zu akzeptieren. Da es dann natürlich zu Konflikten mit der wirtschaftlichen Freiheit oder der Freizügigkeit innerhalb der EU kommen könne, bestehe die Aufgabe des Gerichtshofes nun darin, ausgehend von den nationalen Streikbegriffen und möglichen Einschränkungen auf europäischer Ebene außergewöhnliche Umstände zu definieren, bei deren Eintreten möglicherweise eine permanente Einschränkung der Dienst- oder Niederlassungsfreiheit zugunsten des Streikrechts vorzusehen sei. Dies dürfe jedoch nur in absoluten Ausnahmefällen möglich sein, da sonst eine Flut an neuen Verfahren über Arbeitsbeziehungen am Gerichtshof anhängig würden. Daher sei zweifelhaft, ob dies die angestrebte und sinnvolle Methode sei.

Kokott wiederum entgegnete, dass kein Weg an der Überprüfung von Streikmaßnahmen am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit vorbei führe, so vage das Kriterium der Proportionalität auch sei. Denn gegen die von *Bercusson* vorgeschlagene, Lösung, dass Kollektivmaßnahmen wie der Streik von den Grundfreiheiten ausgenommen seien, spreche die weithin übereinstimmend vorgetragene Auffassung, dass das Streikrecht nicht grenzenlos gelten kann. Die eigentliche Frage sei, woraus sich diese Grenzen ergeben könnten. Gegen einen Rückgriff auf die Antworten der nationalen Rechtsordnungen zu diesem Thema spreche schon allein die Tatsache, dass der EuGH keine Zuständigkeit für die Auslegung nationaler Regelungen besitze, die zudem sehr unterschiedlich seien. Daher sei – bei aller Vagheit – an der Anwendung der Proportionalität und der damit verbundenen Abwägung aller beteiligten Rechtsgüter nach Verhältnismäßigkeitskriterien nicht vorbei zu kommen. Wie so häufig gebe es aus den genannten Gründen einfach keine andere Lösung für den EuGH.

Im Anschluss an diese Kontroverse über die Beurteilung transnationaler Arbeitskampfmaßnahmen, fokussierte sich die Diskussion auf einen Bereich des Arbeitsrechts, der im Gegensatz zu den häufig streitigen Themen wie Antidiskriminierungsmaßnahmen und Betriebsübergang kaum zu den Arbeitsgerichten gelangt, dennoch von erheblicher Bedeutung für das gesamte Arbeitsrecht ist, nämlich den technischen und sozialen Arbeitsschutz. So seien die davon umfassten historisch-klassischen Themen des Arbeitsrechts, die im Wesentlichen im Schutze des Menschen vor den Gefahren der Industriearbeit bestünden, seit Ende der 1980er Jahre, nicht zuletzt auf deutsches Betreiben hin, soweit zu Themen des Gemeinschaftsrechts geworden, dass diese Kernfrage des Arbeitsrechts heute voll und ganz europäisiert sei. Gründe, warum dieser so immens wichtige Bereich des Arbeitsrechts so selten Gegenstand von Urteilen des EuGH, aber auch der nationalen Gerichte ist, werden in der deutlichen Dominanz privatrechtlichen Arbeitsrechts, aber auch der Unlust von Juristen, sich mit solch schwierigen technischen Fragen zu beschäftigen, gesehen.

Markus SCHÖN

Entwicklung der Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht

Ulrich BECKER

I. Einführung

Geschichte und aktueller Stand des Sozialrechts in der Europäischen Union sind gekennzeichnet durch Fragmentierungen und Verschränkungen. Einerseits zählen die nach wie vor wichtigsten sekundärrechtlichen Regelungen – die zur Koordinierung der nationalen Sicherungssysteme¹ – zu den ältesten der damaligen Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft.² Andererseits erfassen diese nur Teile des Sozialrechts, weder die Hilfe- und Förderungsleistungen³ noch die privatrechtlichen Ergänzungen sozialer Sicherheit.⁴ Einerseits wirkt das europäische Gemeinschaftsrecht zunehmend auf die mitgliedstaatlichen Sozialleistungen ein, verstärkt durch wirtschaftsrechtliche und damit sozial-

- 1 VO 1408/71 über die Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbstständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu- und abwandern, (ABl. 1971 Nr. L 149/2) sowie die VO 574/72 über die Durchführung der VO 1408/71 (ABl. 1972 Nr. L 74/1) mit zahlreichen Änderungen. Mittlerweile ist eine neue Koordinierungsverordnung, die VO 883/2004 (ABl. Nr. L 166/1) in Kraft getreten. Sie wird die VO 1408/71 ablösen. Ihre Anwendbarkeit ist aber an das Inkrafttreten einer neuen Durchführungsverordnung geknüpft, das sich seit Jahren verzögert und nicht vor 2009 zu erwarten ist.
- 2 Die Verordnungen aus den 1970er Jahren gehen zurück auf die VO Nr. 3 über die soziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer (ABl. 1958, 561) und die VO Nr. 4 zur Durchführung und Ergänzung der VO Nr. 3 (ABl. 1958, 597), die ihrerseits das einschlägige internationale Sozialrecht zum Vorbild hatten.
- 3 Zu den erstgenannten Art. 4 Abs. 4 VO 1408/71 bzw. Art. 3 Abs. 5 VO 883/2004. Die letztgenannten sind immerhin insofern einbezogen, als es um Familienleistungen geht. Zu den beitragsunabhängigen Leistungen im übrigen Art. 4 Abs. 2a VO 1408/71. Zur Abgrenzung jetzt EuGH v. 18.10.2007, Rs. C-299/05 (Kommission/Parlament und Rat), n.v.
- 4 Insbesondere werden die ergänzenden privaten Rentenversicherungssysteme einschließlich der Betriebsrenten grundsätzlich nicht erfaßt, es sei denn, sie können wie die französischen Systeme als gesetzliche angesehen werden. Vgl. Vorschlag für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Verbesserung der Portabilität von Zusatzrentenansprüchen, KOM (2005) 507, und zum Stand EU-Bull. 6-2007, S. 48 f., 216 f. Vgl. auch RL 98/49 zur Wahrung ergänzender Rentenansprüche von Arbeitnehmern und Selbständigen, die innerhalb der Europäischen Gemeinschaft zu- und abwandern (Abl. 1998 Nr. L 209/46), und RL 2003/41 über die Tätigkeiten und die Beaufsichtigung von Einrichtungen der betrieblichen Altersversorgung (Abl. 2003 Nr. L 235/10). Es bleibt weiterer Harmonisierungsbedarf, über den aber noch keine politische Einigung erzielt werden konnte, obwohl die Problematik alt und lange erkannt ist, vgl. etwa Jolliffe, *The Portability of Occupational Pensions within Europe*, in: Schmähl (ed.), *The Future of Basic and Supplementary Pension Schemes in the European Community – 1992 and beyond*, 1991, S. 189 ff.; Steinmeyer, *Harmonisierung des Betriebsrentenrechts in der Europäischen Gemeinschaft?*, EuZW 1991, S. 43 ff.

rechtsunspezifische Vorgaben. Andererseits bleibt es bei der Zuständigkeit und damit auch der Verantwortung der Mitgliedstaaten für die Wahrnehmung sozialstaatlicher Aufgaben.⁵

Nationale und europäische Ebene sind dementsprechend auf dem Gebiet der Sozialpolitik eng miteinander verschränkt. Diese Verschränkungen werden in den letzten Jahren verstärkt wahrgenommen.⁶ Sozialrecht ist in Europa nicht mehr nur ein Gebiet für wenige Experten, die sich nicht scheuen, die komplizierten und hochtechnischen Vorschriften der Koordinierungsverordnungen verstehen zu wollen. Vielmehr geht es mittlerweile auch dort um die Anwendung von Grundfreiheiten und wettbewerbspolitischen Bestimmungen.⁷

Zu den Entwicklungen hat der EuGH entscheidend beigetragen – naturgemäß ist hinzuzusetzen, denn er tut dies in seiner im EG-Vertrag vorgesehenen Rolle als „Wahrer des Rechts“⁸. Und er bemüht die bekannten methodischen Ansätze, die ihm schon früh die Bezeichnung als „Integrationsfaktor erster Ordnung“ eingetragen haben.⁹ Das war für viele Sozialrechtler, die lange Zeit ihr Rechtsgebiet als solidarisch umhegtes, nur am Rande von transnationalen Vorgängen berührtes verstanden haben, durchaus gewöhnungsbedürftig – wenn nicht gar der EuGH als rücksichtslos bestehende Sozialrechtsordnungen in Frage stellender Laie wahrgenommen wurde.¹⁰

Was aber bleibt bei nüchterner Betrachtung als Zwischenbilanz der Rechtsprechung des EuGH zum Sozialrecht? Die Ergebnisse lassen sich in der hier gebotenen Verkürzung zugespitzt in folgender Analyse und Bewertung zusammenfassen:

- (1) Der Gerichtshof hat zu einer Verfestigung und Ausweitung sozialer Rechte beigetragen (unten, II.).

5 Wenn auch Art. 136 ff. EGV gemeinschaftliche Kompetenzen begründen und insofern von geteilten Zuständigkeiten gesprochen werden kann, dazu künftig auch Art 2c Abs. 2 lit. b) des Vertrags von Lissabon. Vgl. zur Sozialpolitik als „gemeinsamer Aufgabe“ von EG und Mitgliedstaaten *Rebhahn*, in: Schwarze, EU-Kommentar, 2000, Art. 136 EGV, Rdnr. 13.

6 Dazu schon *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung zwischen Markt und Regulierung, JZ 1997, S. 534 ff.

7 Vgl. dazu nur *Kingreen*, Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund, 2003; *Becker*, Die soziale Dimension des Binnenmarktes, in: Schwarze (Hrsg.), Der Verfassungsentwurf des Europäischen Konvents, Baden-Baden 2004, 201 ff.; *ders.*, Nationale Sozialleistungssysteme im europäischen Systemwettbewerb, in: *ders./Schön* (Hrsg.), Steuer- und Sozialstaat im europäischen Systemwettbewerb, 2006, S. 3 ff.; *ders.*, Sozialrecht in der europäischen Integration – eine Zwischenbilanz, ZFSH/SGB 2007, 134 ff.

8 Gemäß Art. 220 Abs. 1 EGV.

9 *W. Hallstein*, Die echten Probleme der europäischen Integration, Kieler Vorträge, gehalten im Institut für Weltwirtschaft der Universität Kiel, N.F. 37, 1965, S. 9.

10 So insbesondere in den frühen Stellungnahmen zur Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der Sozialpolitik; vgl. etwa zu einer „Überversorgung von Wanderarbeitnehmern, die ... mit dem gesunden Menschenverstand nicht nachzuvollziehen ist“, *Clever*, Binnenmarkt ,92: Die „soziale Dimension“, ZfSG/SGB 1989, S. 225, 230. Abgewogener, aber noch einen kontraproduktiven Effekt mancher Entscheidungen befürchtend, *Laroque*, Coordination et convergence des systèmes de Sécurité sociale des États membres de la CEE, Dr. social 1993, S. 792, 794 f.

- (2) Die Rechtsprechung verwirklicht die im EGV angelegten Grundsätze der Entterritorialisierung und der Nichtdiskriminierung. Sie ist grundsätzlich mit der Kompetenzverteilung auf dem Gebiet des Sozialrechts vereinbar. Allerdings wird der EuGH verstärkt auf die Einhaltung der insoweit bestehenden Grenzen achten müssen.

II. Analyse: Zur Verfestigung und Erweiterung sozialer Rechte

1. Sozialrechtskoordinierung

Allein zur Sozialrechtskoordinierung hat der EuGH im Laufe der Zeit mehr als 450 Urteile gefällt.¹¹ Diese behandeln die verschiedensten Fragen: Vom Begriff der Arbeitnehmer¹² über die anwendbare Rechtsordnung¹³ einschließlich Fragen der Entsendung¹⁴ bis zu Einzelfragen der Zusammenrechnung von Versicherungszeiten¹⁵ und Berechnung von Familienleistungen¹⁶, von der Sicherung der Grenzgänger¹⁷ über die Krankenversicherung der Rentner¹⁸ bis zur sog. harmonisierten Waisenrente¹⁹. In der Vielfalt schimmert aus Vogelperspektive eine Leitlinie durch. Nämlich das Bestreben, Sekundärrecht „im Lichte“ der Grundfreiheiten²⁰ in dem Sinne auszulegen, daß aus der Wahrnehmung der Freizügigkeitsrechte so wenig Nachteile wie möglich folgen. Natürlich hat der EuGH das Sekundärrecht respektiert, wenn auch manche Entscheidungen zu

11 Einen Überblick gewährt die Abfrage über die Internetseite <http://eur-lex.europa.eu> (Stand November 2007).

12 Vgl. etwa aus jüngerer Zeit EuGH Rs. C-389/99 (Rundgren), Slg. 2001, I-3731. Zu beachten ist in diesem Zusammenhang, daß der Begriff der Arbeitnehmer je nach Rechtsgrundlage unterschiedlich auszulegen ist, dazu *Becker*, in: *Ehlers* (Ed.), *European Fundamental Rights and Freedoms*, 2007, § 9 par. 3. Zu den Familienangehörigen EuGH Rs. C-308/93 (Cabanis-Issarte), Slg. 1996, I-2097; einschränkend EuGH Rs. C-189/00 (Ruhr), Slg. 2001, I-8225.

13 Hervorzuheben etwa zum Verhältnis von Beschäftigungs- und Wohnsitzanknüpfung EuGH Rs. C-2/89 (Kits van Heijningen), Slg. 1990, I-1755, Rs. C-275/96 (Kuusijaervi), Slg. 1998, I-3419; zu Selbständigen EuGH Rs. C-178/97 (Banks), Slg. 2000, I-2005.

14 Etwa EuGH Rs. C-60/93 (Aldewereld), Slg. 1994, I-2991.

15 Vgl. EuGH Rs. C-88/95 u.a. (Martínez Losada), Slg. 1997, I-869; Rs. C-175/00 (Verwayen-Boelen), Slg. 2002, I-2141; Rs. C-306/03 (Alonso), Slg. 2005, I-705.

16 Grundl. EuGH Rs. 41/84 (Pinna I), Slg. 1986, 1. Aus jüngerer Zeit EuGH Rs. C-543/03 (Dodl und Oberhollenzer), Slg. 2005, I-5049; Rs. C-153/03 (Weide), Slg. 2005, I-6017.

17 Etwa zur Berücksichtigung von Zeiten der Vollarbeitslosigkeit eines Grenzgängers durch den Wohnmitgliedstaat EuGH Rs. C-101/04 (Noteboom), Slg. 2005, I-771; zur Einordnung als Grenzgänger für Leistungen bei Arbeitslosigkeit EuGH Rs. C-444/98 (de Laat), Slg. 2001, I-2229.

18 EuGH Rs. C-326/00 (IKA), Slg. 2003, I-1703; Rs. C-156/01 (van der Duin), Slg. 2003, I-7045.

19 Vgl. EuGH Rs. C-471/99 (Martínez Domínguez), Slg. 2002, I-7835.

20 Vgl. nur EuGH Rs. C-406/93 (Reichling), Slg. 1994, I-4061; zum Verhältnis zu Art. 18 EGV jetzt auch EuGH v. 18.12.2007, C-396/05, C-419/05 und C-450/05 (Habelt u.a.), n.v.

einem Wechselspiel zwischen Judikative und Legislative geführt haben.²¹ Und nicht immer hat die Judikatur zu einer Ausweitung sozialer Rechte geführt. Zum Export von Leistungen bei Arbeitslosigkeit bestätigte der EuGH trotz weitergehender Forderungen im Schrifttum die in der Verordnung enthaltenen Beschränkungen.²² Aber seine Auslegungsgrundsätze haben doch in verschiedener Hinsicht den Bürger begünstigt und zugleich die nationalen Verwaltungen zum Umdenken gezwungen.

Zu nennen ist zunächst das sog. „Günstigkeitsprinzip“. In der grundlegenden *Petro- ni-* Entscheidung²³ wurde klargestellt, daß günstigere Leistungen nach nationalem Recht durch die Koordinierung nicht verloren gehen. Das Prinzip gilt in gewisser Weise auch für das Verhältnis von Sekundärrecht zu Abkommensrecht (*Gottardo*²⁴), weil beides im Zusammenspiel zu einer kumulativen Zusammenrechnung führen kann, ebenso für das Verwaltungsverfahren, das nach Gemeinschaftsrecht nicht weniger günstig als nach nationalem Recht sein darf (*Pasquini*²⁵).

Zweitens hat der Grundsatz autonomer Auslegung dazu gezwungen, einige national verwurzelte Vorstellungen aufzugeben. Das gilt – sehr allgemein und weitgehend – für den Ausschluß der Koordinierung von Systemen für Beamte (*Vougioukas*²⁶). Erweitert wurde neben dem persönlichen aber auch der sachliche Anwendungsbereich. Gerade in Deutschland spielte das mehrfach eine Rolle: allgemein erwartet für die Pflegeleistungen (*Molenaar*²⁷), bei denen Geldleistungen etwas zu offensichtlich zu Sachleistungen umetikettiert worden waren, weitgehend, aber nicht völlig unerwartet und lange von der Verwaltung nicht vollzogen,²⁸ für das Erziehungsgeld (*Hoefer und Zachow*²⁹). Zudem führt die Anerkennung funktionaler Äquivalenz auch zu verfahrensrechtlichen Folgen (*Paletta*³⁰).

Schließlich zu nennen ist das letztendlich dem Diskriminierungsverbot zu entnehmende Gebot der Gleichstellung von Sachverhalten.³¹ Dabei geht es nicht nur um die Zusammenrechnung von Zeiten (zuletzt *Öztürk*³²), sondern auch um die gemein-

21 Etwa bei den Familienleistungen, zu einem Beispiel *Schulte*, Sozialrechtliche Aspekte des europäischen Binnenmarktes, SGB 1991, S. 45, 48.

22 Zuletzt EuGH Rs. C-406/04 (De Cuyper), Slg. 2006, I-6947; vgl. jetzt auch Art. 64 Abs. 1 lit. c) VO 883/2004.

23 EuGH Rs. 24/75, Slg. 1975, 1149.

24 EuGH Rs. C-55/00, Slg. 2002, I-413.

25 EuGH Rs. C-34/02, Slg. 2003, I-6515.

26 EuGH Rs. C-443/93, Slg. 1995, I-4033.

27 EuGH Rs. C-160/96, Molenaar, Slg. 1998, I-843.

28 Vgl. *Becker*, Die Koordinierung von Familienleistungen, in: *Schulte/Barwig* (Hrsg.), Freizügigkeit und soziale Sicherheit, 1999, S. 191, 208.

29 EuGH Rs. C-245 u. 312/94, Slg. 1996, I-4926 Rn. 20 f.; dazu ausf. *Trinkl*, Die gemeinschaftsrechtliche Koordinierung deutscher Familienleistungen, 2001.

30 EuGH Rs. C-45/90 (Paletta I), Slg. 1992, I-3423.

31 Dazu näher *Becker*, Die Bedeutung des gemeinschaftsrechtlichen Diskriminierungsverbots für die Gleichstellung von Sachverhalten im koordinierenden Sozialrecht, VSSR 2000, 221 ff.

32 EuGH Rs. C-373/02, Slg. 2004, I-3605.

schaftsweite Berücksichtigung sonstiger Anspruchsvoraussetzungen (*Roviello*³³), etwa auch bezüglich der Kindererziehungszeiten in der Rentenversicherung (*Elsen*³⁴).

Methodisch anders gelagert sind die Entscheidungen zur Bindung von Entsendebeiträgen.³⁵ Hier geht es um den Verwaltungsvollzug, und das Problem besteht in dem Umstand, daß der entsendende Mitgliedstaat für die Beurteilung der Voraussetzungen zuständig ist, aber nicht die Folgen seiner Entscheidung zu tragen hat. Der Grundsatz der vertrauensvollen Zusammenarbeit (Art. 10 EGV) läuft hier leider nicht parallel mit den ökonomischen Handlungsanreizen. Deshalb wäre zu überlegen, ob die zu einer strikten Bindung verdichtete Vermutungswirkung der E 101-Bescheinigung in offensichtlich zweifelhaften Fällen nicht doch vor den Gerichten des Entsendestaates überprüft werden sollte – wobei eine entsprechende Lösung aber vor allem in der noch zu erlassenden Durchführungsverordnung festzuschreiben wäre.

2. Grundfreiheiten

a) Dienstleistungsfreiheit

Relativ neu und weit über die Koordinierung hinausreichend ist die Erkenntnis, daß soziale Rechte auch über die Grundfreiheiten grenzüberschreitend erweitert werden können. Sie verdankt sich den in den letzten Jahren stärker spürbar gewordenen Berührungen zwischen Wirtschafts- und Sozialpolitik. Diese haben zu verstärkten Diskussionen um die Anwendbarkeit des gemeinschaftlichen Wettbewerbsrechts geführt,³⁶ und

33 EuGH Rs. 20/85, Slg. 1988, 2805.

34 EuGH Rs. C-135/99, Slg. 2000, I-10409.

35 EuGH v. 26.1.2006, Rs. C-2/05 (*Herbosch Kiere*), n.v.; zuvor bereits EuGH Rs. C-178/97 (*Banks*), Slg. 2000, I-2005. Die Rechtsprechung ist mittlerweile sowohl vom BGH im Zusammenhang mit strafrechtlicher Maßnahmen (Urt. v. 24.10.2006, 1 StR 44/06) als auch von Sozialgerichten (vgl. BayLSG v. 23.1.2007, L 5 KR 124/05) aufgenommen worden.

36 Zur Rechtsprechung vor allem EuGH Rs. C-159/91 und C-160/91 (*Poucet und Pistre*), Slg. 1993, I-637; Rs. C-67/96 (*Albany*), Slg. 1999, I-5751; Rs. C-180–184/98 (*Pavlov*), Slg. 2000, I-6451; Rs. C-264/01 u.a. (*AOK Bundesverb. u.a.*), Slg. 2004, I-2493; Rs. C-205/03 (*Fenin*), Slg. 2006, I-6295.

Aus dem Schrifttum statt vieler etwa *Giesen*, Sozialversicherungsmonopol und EGV, 1995; *Hänlein/Kruse*, Einflüsse des Europäischen Wettbewerbsrechts auf die Leistungserbringung in der gesetzlichen Krankenversicherung, NZS 2000, S. 165 ff.; *D. Neumann*, Kartellrechtliche Sanktionierung von Wettbewerbsbeschränkungen im Gesundheitswesen, 2000; *Kingreen*, Das Gesundheitsrecht im Fokus von Grundfreiheiten, Kartell- und Beihilferecht, GesR 2006, S. 193 ff. Zum Vertragsarztrecht *Becker*, in: *Schnapp/Wigge*, Handbuch des Vertragsarztrechts, 2. Aufl. 2005, § 22 Rdnr. 55 ff.; zur Bedeutung des Beihilferechts für die Krankenhausversorgung *Cremer*, Krankenhausfinanzierung im europarechtlichen Kontext – Zum Verbot von Verlustausgleichszahlungen zugunsten öffentlicher Krankenhäuser, GesR 2005, S. 337 ff.; *Becker*, EU-Beihilfenrecht und soziale Dienstleistungen, NZS 2007, S. 169 ff.

sie erhalten auf europäischer Ebene eine rechtlich „weiche“ Flankierung durch die sog. „offene Methode der Koordinierung“.³⁷

Um bei den sozialen Rechten zu bleiben: Nach der mittlerweile gefestigten Rechtsprechung des EuGH – von *Kohl*³⁸ und *Decker*³⁹ bis *Stamatelaki*⁴⁰ – besitzen die Bürger nicht nur das Recht, im Ausland Behandlungsleistungen in Anspruch zu nehmen, sondern dafür auch von ihrer gesetzlichen Krankenversicherung oder ihrem Gesundheitsdienst die Erstattung der angefallenen Kosten zu verlangen.⁴¹ Es kommt nicht darauf an, ob das heimatliche System eine Kostenerstattung vorsieht oder nicht.⁴² Entscheidend ist nur, daß entsprechende Leistungsansprüche auch im Inland bestünden⁴³ – wobei die Erstattung von Kosten für stationäre Leistungen an ein vom EuGH überwachttes Genehmigungserfordernis geknüpft bleiben darf.⁴⁴

b) Freizügigkeit der Unionsbürger

Noch einen Schritt darüber hinaus geht die Judikatur zu den sozialen Rechten für Unionsbürger. Das im Sekundärrecht verankerte Recht auf Gleichbehandlung bei „sozi-

37 Ihren Ausgangspunkt nahm die OMK wohl im „Weißbuch über Wachstum, Wettbewerbsfähigkeit und Beschäftigung“, das die Kommission im Jahr 1993 unter ihrem damaligen Vorsitzenden Jaques Delors veröffentlichte, vgl. KOM (93) 700 endg.; zur Alterssicherung Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Bericht für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Die Lissabon Strategie realisieren – Reformen für die erweiterte Union, KOM (2004) 29 endg.; zur Straffung und Neuausrichtung Kommission der Europäischen Gemeinschaften: Mitteilung für die Frühjahrstagung des Europäischen Rates. Zusammenarbeit für Wachstum und Arbeitsplätze. Ein Neubeginn für die Strategie von Lissabon, KOM (2005) 24 endg.

38 EuGH Rs. C-158/96, Slg. 1998, I-1931.

39 EuGH Rs. C-120/95, Slg. 1998, I-1831; dazu nur *Becker*, Brillen aus Luxemburg und Zahnbehandlung in Brüssel, NZS 1998, S. 359 ff.

40 EuGH v. 19.4.2007, Rs. C-444/05, n.v.

41 Zur Bedeutung für Rehabilitationsleistungen *Becker/Matthäus*, Rehabilitation in der Europäischen Union, DRV 11-12/2004, S. 659 ff.

42 Grundl. EuGH Rs. C-385/99 (van Riet und Müller-Fauré), Slg. 2003, S. I-4509; dazu *Becker*, Gesetzliche Krankenversicherung im Europäischen Binnenmarkt, NJW 2003, S. 2272 ff.

43 Zu den Konsequenzen *Harich*, Das Sachleistungsprinzip in der Gemeinschaftsrechtsordnung, 2005, S. 43 ff. und *Fahlbusch*, Ambulante ärztliche Behandlung in Europa, 2006, S. 253 ff.

Zuvor bereits *Lichtenberg*, Ärztliche Tätigkeiten, klinische Leistungen und freier Dienstleistungsverkehr im Gemeinsamen Markt, VSSR 1978, S. 125, 145 ff.; v. *Maydell*, in: *ders./Schnapp* (Hrsg.), Die Auswirkungen des EG-Rechts auf das Arbeits- und Sozialrecht der Bundesrepublik, 1992, S. 25, 32 ff.; *Bieback*, Marktfreiheit in der EG und nationale Sozialpolitik vor und nach Maastricht, EuR 1993, S. 150, 163; *Zechel*, Die territorial begrenzte Leistungserbringung der Krankenkassen im Lichte des EG-Vertrages, 1995.

44 Grundl. EuGH Rs. C-157/99 (Smits und Peerbooms), Slg. 2001, S. I-5473; dazu nur *Bieback*, Etablierung eines Gemeinsamen Marktes für Krankenbehandlung durch den EuGH, NZS 2001, S. 561 ff.; *Kingreen*, Zur Inanspruchnahme von Gesundheitsleistungen im europäischen Binnenmarkt, NJW 2001, S. 3382 ff.

alen Vergünstigungen“ (Art. 7 VO 1612/68⁴⁵) ist primärrechtlich überholt worden. Innerhalb kurzer Zeit hat die seit *Maastricht* im EGV verankerte⁴⁶ und zunächst nur für symbolisch gehaltene Unionsbürgerschaft große Dynamik entfaltet. Das verdankt sie dem Umstand, daß der EuGH die allgemeine Freizügigkeit für unmittelbar anwendbar hält⁴⁷ und nach und nach so auslegt, wie es den bekannten Grundsätzen für die übrigen Grundfreiheiten entspricht.

Die Entwicklung ist noch nicht ganz abgeschlossen. Ohne im einzelnen darauf eingehen zu können: Sie hat insbesondere Konsequenzen für wohnortabhängige Sozialleistungen wie die Sozialhilfe,⁴⁸ die Ausbildungsförderung⁴⁹ sowie weitere Hilfe- und Förderungsleistungen⁵⁰, ebenso wie für die Eröffnung des Zugangs zu Einrichtungen der Daseinsvorsorge wie Universitäten⁵¹, also die Teilhabe an der Aufnahmegesellschaft in einem sehr umfassenden Sinn. Die den Export einer Entschädigungsleistung betreffende Entscheidung *Tas-Hagen*⁵² deutet zugleich Entterritorialisierungstendenzen.

Verkürzt gesagt hat die Rechtsprechung zur Folge, daß ein Einschluß fremder Unionsbürger nicht mehr ohne weiteres nur aufgrund formaler Kriterien wie Staatsangehörigkeit oder Wohnsitz versagt werden darf. Vielmehr ist auf die Integration fremder Unionsbürger abzustellen, sofern diese mit der Funktion der jeweiligen Sozialleistung in einem Zusammenhang steht.⁵³

45 ABl. 1968 Nr. L 257/2. Vgl. zu den „sozialen Vergünstigungen“ etwa EuGH v. 12.5.1998, Rs. C-85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, S. I-2691, Rdnr. 25 ff.; zur Überschneidung mit dem sachlichen Anwendungsbereich der Koordinierungsverordnung *Haverkate/Huster*, Europäisches Sozialrecht, 1999, S. 227 f.

46 Zur Entwicklung nur *Schulz*, Freizügigkeit für Unionsbürger, 1997; *Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522 ff.; *Scheuing*, Freizügigkeit als Unionsbürgerrecht, EuR 2003, S. 744 ff.

47 Zur Entwicklung EuGH Rs. C- 85/96 (Martínez Sala), Slg. 1998, I-2691; Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193.

48 EuGH Rs. C-184/99 (Grzelczyk), Slg. 2001, I-6193; Rs. C-456/02 (Trojani), Slg. 2004, I-7573.

49 Zur Studienförderung EuGH Rs. C-209/03 (Bidar), 2005, 2119. Krit. dazu *F. Wollenschläger*, Studienbeihilfen für Unionsbürger?, NVwZ 2005, S. 1023 ff.

50 Zum Überbrückungsgeld EuGH Rs. C-224/98 (D’Hoop), Slg. 2002, I-6191. Vgl. im Zusammenhang mit Art. 7 VO 1612/68 auch EuGH Rs. C-258/04 (Ioannides), Slg. 2005, I-8275.

51 EuGH Rs. C-147/03 (Kommission/Österreich), Slg. 2005, I-5969, Rdnr. 45; in der Entscheidung bleibt vor allem die Gleichstellung von Berufs- und Hochschulausbildung fraglich; vgl. auch *Hilpold*, Hochschulzugang und Unionsbürgerschaft – Das Urteil des EuGH vom 7.7.2005 in der Rechtssache C-147/03, Kommission gegen Österreich, EuZW 2005, S. 647 ff.; für unproblematisch erachtet von *Tinhofer/Stupar*, „Studenten-Tsunami“ nach EuGH-Urteil zum Universitätszugang?, ZESAR 2006, S. 149, 151.

52 EuGH Rs. C-192/05, Slg. 2006, I-10451.

53 Dazu *Becker*, Unionsbürgerschaft und soziale Rechte, ZESAR 2002, S. 8 ff.; *Soria*, Die Unionsbürgerschaft und der Zugang zu sozialen Vergünstigungen, JZ 2002, S. 643 ff.; *Bode*, Von der Freizügigkeit zur sozialen Gleichstellung aller Unionsbürger?, EuZW 2003, S. 552 ff.; *Becker*, Migration und soziale Sicherheit – die Unionsbürgerschaft im Kontext, EuR Beih. 1/2007, S. 95 ff.; *Kingreen*,

III. Bewertung: Zu Ent-Territorialisierung, Ent-Diskriminierung und ihren Grenzen

1. Zur Kritik an der Rechtsprechung

Gerade die jüngeren Entscheidungen haben, zum Teil vehemente, Kritik hervorgerufen.⁵⁴ Verallgemeinernd lassen sich die Einwände folgendermaßen zusammenfassen:

(1) Der EuGH habe mit der Anwendbarkeit der Grundfreiheiten die Eigenart von Sozialleistungssystemen verkannt, Marktmechanismen einerseits und einem Sozialtourismus andererseits die Tür geöffnet, womit die rechtlich organisierte Solidarität unabsehbaren Gefährdungen ausgesetzt werde.

(2) Die Rechtsprechung lasse sich mit den sekundärrechtlichen Beschränkungen des allgemeinen Freizügigkeitsrechts nicht vereinbaren.

(3) Es würde die Kompetenzverteilung außer acht gelassen und damit den Mitgliedstaaten faktisch die Wahrnehmung ihrer Zuständigkeit erschwert, wenn nicht gar verhindert.

Der erste Einwand weist auf einen grundsätzlich wichtigen Aspekt hin, überzeichnet aber die Folgen der Rechtsprechung. Zudem bedingen sich Sozial- und Wirtschaftsordnung gegenseitig, und diese Einsicht leitet gerade auch die Reformen des Sozialrechts in den Mitgliedstaaten. Das Gemeinschaftsrecht verdeutlicht diese Entwicklungen, verursacht aber nicht schon selbst irreparable Ungleichgewichte. Vielmehr wirken auch die sozialen Rechtsordnungen auf die europäische Ebene ein und lassen eine spezifisch soziale Dimension der europäischen Integration erkennen.

Der zweite Einwand ist ebenfalls nicht unbedingt zutreffend. Die bis jetzt vorliegenden Entscheidungen können – ungeachtet der bekannt kargen Begründungen wie etwa in der Rs. *Bidar*⁵⁵ – so verstanden werden, daß sie das einschlägige Sekundärrecht⁵⁶ beachten.⁵⁷

Die Universalisierung sozialer Rechte im europäischen Gemeinschaftsrecht, EuR Beih. 1/2007, S. 43 ff.

54 Etwa zur Auslegung des Art. 18 EGV *Hailbronner*, Unionsbürgerschaft und Zugang zu den Sozialsystemen, JZ 2005, S. 1138 ff.; *Schwarze*, Der Schutz der Grundrechte durch den Europäischen Gerichtshof, in: Die Entwicklung einer Europäischen Grundrechtsarchitektur, 2005, S. 35, 52 ff.

55 EuGH Rs. C-209/03, 2005, 2119.

56 Das Sekundärrecht entstand vor der Unionsbürgerschaft, jedoch kann Art. 18 I EGV so verstanden werden, daß er einen Ausgestaltungsvorbehalt enthält, vgl. dazu *Becker*, Freizügigkeit in der EU – auf dem Weg vom Begleitrecht zur Bürgerfreiheit, EuR 1999, S. 522, 528 f. Sekundärrechtliche Vorschriften waren zunächst RL 90/365 v. 28.6.1990 über das Aufenthaltsrecht der aus dem Erwerbsleben ausgeschiedenen Arbeitnehmer und selbständigen Erwerbstätigen, ABl. L 180/1990, S. 28; RL 93/96 v. 29.10.1993 über das Aufenthaltsrecht der Studenten, ABl. L 317/1993, S. 59 (als Neuerlaß der RL 90/366 v. 28.06.1990, ABl. L 180/1990, S. 30, die nicht auf die zutreffende Ermächtigungsgrundlage gestützt worden war, so EuGH v. 7.7.1992, Rs. C-295/90 (Parlament/Rat), Slg. 1992, S. I-4193 Rdnr. 16 – 20); RL 90/364 v. 28.06.1990 über das Aufenthaltsrecht von Perso-

Vor allem der dritte Einwand ist ernstzunehmen. Allerdings hängt die Anwendbarkeit der Grundfreiheiten nicht von der Kompetenzverteilung ab – das ist auch in einem bundesstaatlichen Gefüge ein anerkannter Grundsatz. Jedoch müssen die sozialen Einrichtungen der Mitgliedstaaten aufrecht erhalten werden können. Erforderlich ist dafür die Anerkennung entsprechender Rechtfertigungsgründe⁵⁸ wie auch eine Einschätzungsprärogative bei deren Anwendung, soweit es um die faktische Gefährdung der Einrichtungen durch grenzüberschreitende Vorgänge angeht. Diese Anforderungen sind zumindest generell noch eingehalten. Die Mitgliedstaaten sind derzeit nicht gehindert, Sozialleistungen an Voraussetzungen zu knüpfen, die als mittelbar diskriminierend zu qualifizieren sind, also insbesondere ein Wohnsitzerfordernis – jedenfalls dann, wenn dies für die Kontrolle der Leistungsvoraussetzungen wie in der Rs. *De Cuyper*⁵⁹ erforderlich ist, und auch, wenn sie damit das Vorhandensein einer „tatsächlichen Beziehung“ zum Aufnahmemitgliedstaat fordern wollen.⁶⁰ Die Rechtsprechung erweist sich im Ergebnis als konsequent zugunsten des sozialen Einschlusses von fremden Unionsbürgern, ohne die Funktion nationaler sozialpolitischer Maßnahmen zu gefährden.⁶¹

2. Gefährdungen

Dennoch: Es bestehen Gefährdungen. Erstens wird der EuGH vor allem stärker zu berücksichtigen haben, daß allein die Mitgliedstaaten für die Schaffung sozialer Rechte zuständig sind. Diese Rechte können (und sollen) gemeinschaftsrechtlich eine räumliche und personale Erstreckung erfahren, aber nicht gemeinschaftsrechtlich begründet werden. Damit ist eine wesentliche Grenze gezogen, die zugleich die Trennlinie zwischen legitimer Anwendung des Gemeinschaftsrechts (Auslegung einschließlich zulässiger Rechtsfortbildung) einerseits und illegitimer Überschreitung von Verbands- und damit auch Organkompetenzen andererseits markiert.

nen, denen das Aufenthaltsrecht nicht aufgrund anderer Bestimmungen des Gemeinschaftsrechts zuerkannt ist, ABl. L 180/1990, S. 26. Diese Bestimmungen wurden zusammengefaßt durch die RL 2004/38 v. 29.4.2004 über das Recht der Unionsbürger und ihrer Familienangehörigen, sich im Hoheitsgebiet der Mitgliedstaaten frei zu bewegen und aufzuhalten, ABl. L 158/2004, S. 77. Vgl. dazu *Egger*, Die neue Aufenthaltsrichtlinie der EU, in: Festschrift für Hablitzel, 2005, S., 95, 101 ff.

57 Näher dazu *Niedobitek*, Studienbeihilfen und Unionsbürgerschaft, RdJB 2006, S. 105 ff.

58 Vgl. allg. *Becker*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar (Fußn. 5), Art. 30 EGV, Rdnr. 54.

59 EuGH Rs. C-406/04, Slg. 2006, I-6947.

60 Vgl. in diesem Zusammenhang auch EuGH Rs. C-138/02 (*Collins*), Slg. 2004, I-2703; dazu Anm. *Becker*, ZESAR 2004, S. 496 ff.

61 Vgl. dazu *Becker*, Schutz und Implementierung von EU-Sozialstandards, in: *ders./v. Maydell/Nußberger* (Hrsg.), Die Implementierung internationaler Sozialstandards, 2006, S. 139, 148 ff.

Diese Trennlinie hat der EuGH in der Entscheidung *Watts*⁶² überschritten.⁶³ Wenn ein Mitgliedstaat Gesundheitsleistungen rationiert, werden eben nur entsprechend verkürzte soziale Rechte eingeräumt. Diese Entscheidung kann allein der dafür demokratisch legitimierte nationale Gesetzgeber fällen. Das ist zu respektieren, auch wenn die Umsetzung durch verwaltungsgemäße Bereitstellung der Infrastruktur erfolgt. Rechtsdogmatisch gewendet: Wo kein Recht auf eine Sozialleistung besteht, stellt die Verweigerung, die für die Leistung anfallenden Kosten zu übernehmen, keinen Eingriff in eine Grundfreiheit dar.⁶⁴ Allerdings verliert die Kritik doch merklich an ihrem Gewicht durch den Umstand, daß die Rechtsprechung mit der neugefaßten Koordinierungsverordnung⁶⁵ übereinstimmt. Sicher ist das kein rechtsdogmatisches, sondern ein politisches Argument. Zum einen wird dieses aber auf die nationale Rechtsordnung rückwirken, weil sich nationales Recht in Widerspruch zum Sekundärrecht setzt (bzw. gesetzt wird). Zum anderen ist es für die künftige Praxis hilfreich, wenn Primär- und Sekundärrecht in Zukunft wenigstens im Hinblick auf die Voraussetzungen der Genehmigung für grenzüberschreitende Behandlungen von einheitlichen Voraussetzungen ausgehen.

Zweitens dürfen auf europäischer Ebene nicht nur keine neuen sozialen Rechte geschaffen, sondern es darf auch nicht über die Voraussetzungen und die Funktion der bestehenden Rechte hinweggegangen werden. Dieser Grundsatz begrenzt etwa die Zusammenrechnung von Zeiten im Rahmen der Koordinierung.⁶⁶ Er muß aber auch bei den Grundfreiheiten anerkannt bleiben. Insbesondere taugt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht dazu, Ziele von Sozialleistungen umzudefinieren.

62 EuGH Rs. C-372/04, Slg. 2006, I-4325.

63 Etwas überzogene Kritik bei *Dettling*, Ethisches Leitbild und EuGH-Kompetenz für die Gesundheitssysteme?, EuZW 2006, S. 519, 521 ff.; ebenfalls kritisch *Bieback*, Neue Rechtsprechung des EuGH zur grenzüberschreitenden Beanspruchung von Gesundheitsleistungen, ZESAR 2006, S. 241 ff.

64 Anderenfalls würde aus den Grundfreiheiten ein Leistungsrecht abgeleitet, für das die Union nicht einzustehen in der Lage ist.

65 Art. 20 Abs. 2 S. 2 VO 883/2004: Danach wird die Genehmigung erteilt, wenn die betreffende Behandlung im Leistungskatalog vorgesehen ist und sie „nicht innerhalb eines in Anbetracht ihres derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs ihrer Krankheit medizinisch vertretbaren Zeitraums gewährt werden kann.“

66 Deshalb ist unabhängig von der allgemeinen Sachverhaltsgleichstellung, die in Art. 5 VO 883/2004 vorgesehen ist, an dem Grundsatz festzuhalten, daß die Mitgliedstaaten über die versicherungsrechtliche Qualifizierung von Zeiten bestimmen, vgl. *Becker*, in: *Schwarze*, EU-Kommentar (Fußn. 5), Art. 42 EGV Rdnr. 22.

IV. Schluß

Der EuGH hat in vielfacher Weise dafür gesorgt, daß nationale Sozialrechtsordnungen gemeinschaftsrechtlichen Grundsätzen entsprechen. Das stärkt das Recht der Bürger auf Freizügigkeit.

Die Bürger müssen aber auch die Schaffung von Sozialleistungen und Einrichtungen der Daseinsvorsorge legitimieren. Dies geschieht nach den Regeln der Gemeinschaftsrechtsordnung auf der Ebene der Mitgliedstaaten. Schon deshalb darf die Rechtsprechung nicht nur um einen angemessenen Ausgleich zwischen wirtschaftlicher Freiheit und sozialer Solidarität bemüht sein, sondern muß die Kompetenzen der Mitgliedstaaten und die Funktionsfähigkeit mitgliedstaatlicher Sozialleistungssysteme achten.

Der EuGH wird dieser Aufgabe sicher besser gerecht, wenn er sich auch bei seiner Rechtsprechung zur Freizügigkeit nicht – wie es unlängst ein Generalanwalt in seinem Schlußantrag gemeint hat⁶⁷ – als „Künstler“, sondern wenn er sich als „Handwerker“ versteht. Damit bleibt er auf dem Boden, der, mag er auch nicht unbedingt „golden“ sein, allein die Akzeptanz durch die Mitgliedstaaten sichert.

67 SA GA Ruiz-Jarabo Colomer v. 20.3.2007, verb. Rs. C-11/06 und C-12/06 (Morgan), Rdnr. 1–3 (<http://curia.europa.eu>).

Anmerkungen zur Entwicklung der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf dem Gebiet des Sozialrechts

Thomas von DANWITZ

I. Einführung

Der Überblick, den mein akademischer Kollege *Becker* über die Entwicklung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes zum Sozialrecht gegeben hat, macht jeden Versuch einer ergänzenden Berichterstattung überflüssig und ermöglicht es vielmehr, die mir zugewiesene Aufgabe eines Koreferates zu nutzen, um Anmerkungen zu drei grundlegenden Fragestellungen der Entwicklung des Europäischen Sozialrechts in der Rechtsprechung des Gerichtshofes zu machen. Eine *erste* Bemerkung soll einem Grunderfordernis des staatlichen Rechts der Sozialleistungserbringung gewidmet sein: Dem Wohnsitzerfordernis, welches die Gewährungspraxis in den Mitgliedstaaten weitgehend prägt. Eine *zweite* Bemerkung gilt der Rechtsprechung zur Unionsbürgerschaft und der Entfaltung ihrer sozialen Dimension, die den Unionsbürgern unter Umständen Zugang zu den Sozialleistungssystemen der Mitgliedstaaten verschaffen kann. Abschließend möchte ich auf eine Systemfrage des gesamten Sozialversicherungsrechts zu sprechen kommen, welche die Möglichkeiten und Grenzen einer Anwendung der Wettbewerbsvorschriften des Vertrages auf die Aufgabenerfüllung durch die Sozialversicherungsträger betrifft.

II. Das sozialrechtliche Wohnsitzerfordernis in der Rechtsprechung des Gerichtshofes

Nach der weiten Auslegung, die der Begriff der „sozialen Vergünstigungen“ in Art. 7 Abs. 2 der VO Nr. 1612/68 seit jeher in der Rechtsprechung des *Gerichtshofes*¹ zur Arbeitnehmerfreizügigkeit erfahren hat, sind unter „sozialen Vergünstigungen“ alle Leistungen zu verstehen, die inländischen Arbeitnehmern wegen ihrer objektiven Arbeitnehmereigenschaft oder einfach wegen ihres Wohnortes im Inland allgemein gewährt werden². Auf dieser Grundlage erfassen die Vorgaben des Gemeinschaftsrechts

1 *EuGH*, Slg. 1975, 1085, Rn. 12 f. – Christini; Slg. 1992, I-1071, Rn. 26 – Bernini; Slg. 1996, I-2617, Rn. 17 – O’Flynn; Slg. 1997, 6689, Rn. 45 – Meints.

2 Ebenda, Urteil Meints, Rn. 39; *EuGH*, Slg. 1998, I-2691, Rn. 25 – Maria Martinez Sala.

weite Bereiche der Gewährung mitgliedstaatlicher Sozialleistungen. So verbietet der Grundsatz der Gleichbehandlung, der ebenso aus der Arbeitnehmerfreizügigkeit des Art. 39 EG wie aus Art. 7 der VO Nr. 1612/68 folgt, nicht nur offene Diskriminierungen auf Grund der Staatsangehörigkeit, sondern er erfasst in ständiger Rechtsprechung auch alle verdeckten Formen der Diskriminierung, die durch die Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu dem gleichen Ergebnis führen³. Daher ist eine Vorschrift des nationalen Rechts, die nicht objektiv gerechtfertigt ist und in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck steht, als mittelbare Diskriminierung anzusehen, wenn sie ihrem Wesen nach geeignet ist, sich auf die sog. Wanderarbeitnehmer eher als auf inländische Arbeitnehmer auszuwirken und deshalb die Gefahr besteht, Wanderarbeitnehmer zu benachteiligen⁴.

Vor dem Hintergrund dieser Rechtsprechung ist die Voraussetzung der Ansässigkeit bzw. des Wohnsitzes im Inland für die Gewährung sozialer Leistungen als mittelbare Diskriminierung anzusehen. Sie muss daher objektiv gerechtfertigt werden können und in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit der Leistungsgewährung verfolgten Ziel stehen. Das wird bei zunehmender Mobilität, nicht zuletzt bei Inländern problematisch, die eine soziale Leistung ins Ausland mitnehmen⁵. Nachdem es in der Vergangenheit in zwei Fällen nicht gelungen war, den Gerichtshof von der Erforderlichkeit eines Inlandswohnsitzes zu überzeugen⁶, hat das *BSozG* mit den Rechtssachen *Hartmann & Geven* dem *Gerichtshof* die Frage nach dem Wohnsitzerfordernis des deutschen Erziehungsgeldgesetzes zur Beantwortung vorgelegt. Wie Generalanwalt *Geelhoed* in seinen Schlussanträgen hervorgehoben hat, kann kein Zweifel bestehen, dass die Mitgliedstaaten mit vollem Recht eine Politik zur Förderung der Geburtenrate verfolgen dürfen. Ebenso unzweifelhaft besteht keine gemeinschaftsrechtliche Verpflichtung, zur demographischen Entwicklung anderer Mitgliedstaaten beizutragen⁷. Daher wird der *Gerichtshof* vor allem zu entscheiden haben, ob und unter welchen Umständen das Wohnsitzerfordernis ein tatsächlich notwendiges Kriterium darstellt, um die vom Zweck des Erziehungsgeldes vorausgesetzte enge Verbindung zu der Gesellschaft des jeweiligen Mitgliedstaates zu gewährleisten oder ob es darüber hinausgeht. Insofern kann sich der *Gerichtshof* an seiner Rechtsprechung orientieren, wonach die Auszahlung von Beihilfen für Arbeitsuchende von einer tatsächlichen Verbindung mit dem Arbeitsmarkt des betreffenden Mitgliedstaates abhängig gemacht werden darf⁸.

3 Urteile Meints, Rn. 44 u. O'Flynn, Rn. 17.

4 Ebenda, Rn. 45 des Urteils Meints und Rn. 20 des Urteils O'Flynn.

5 Vgl. für die Kinder von Wanderarbeitnehmern, die eine Leistung mitnehmen, *EuGH*, Slg. 1990, I-4185 – di Leo.

6 *EuGH*, Slg. 1993, I-817, Rn. 12, 15, 34 – Kommission/Luxemburg; Urteil Meints, Rn. 48. Hinzuweisen ist insoweit namentlich auf die Verfahrensbeteiligung der Mitgliedstaaten in der Rechtssache Bidar, Slg. 2005, I-2119.

7 SchlA *Geelhoed* in *Hartmann*, C-212/05, anhängig.

8 *EuGH*, Slg. 2004, I-2703, Rn. 66 – Collins; Slg. 2006, I-6947, Rn. 41 bis 48 – De Cuyper. Vgl. für Unterhaltsbeihilfen, allerdings im Rahmen von Art. 18 EG, Urteil Bidar, Rn. 57-61.

III. Die Entfaltung einer sozialen Leistungsdimension der Unionsbürgerschaft

Damit komme ich zur Frage der Entfaltung einer sozialen Leistungsdimension der Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung des *Gerichtshofes*⁹. Mag diese Entwicklung in verschiedenen Mitgliedstaaten eine nachhaltige Befürwortung erfahren haben¹⁰, ist sie in Deutschland ungewöhnlich heftig kritisiert¹¹, ja sogar als „Ende rationaler Jurisprudenz“¹² gegeißelt worden. So berechtigt und geboten eine sachliche Kritik der Rechtswissenschaft gerade gegenüber einem Höchstgericht erscheint, das außerhalb der dogmatischen Traditionslinien der nach wie vor mitgliedstaatlich verwurzelten Kultur rechtswissenschaftlicher Analyse und Diskussion steht, so sehr sollte es darum gehen, eine rationale, der rechtswissenschaftlichen Methodenlehre verpflichtete Rechtsfindung in der Rechtsprechung des *Gerichtshofes* zu stärken. Jenseits dessen ist bemerkenswert, dass die höchst unterschiedlichen Reaktionen auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Unionsbürgerschaft zu einem Großteil die ebenso verschiedenartigen Erwartungshaltungen widerspiegeln, welche die Einfügung der Unionsbürgerschaft in den Vertrag und namentlich die Aufnahme der allgemeinen Freizügigkeit in Art. 18 EG ausgelöst hat¹³. Vor diesem Entstehungshintergrund war wohl kaum zu erwarten, dass der Unionsbürgerschaft in der Rechtsprechung des Gerichtshofes eine lediglich deklaratorische und redaktionelle Bedeutung zuerkannt werden würde¹⁴.

Indes ist die Dogmatik der Unionsbürgerschaft nach wie vor wenig gefestigt¹⁵. So reicht die Palette der Ansichten über ihre Rechtsnatur vom Grundrecht¹⁶ über die Grundfreiheit¹⁷ bis zum grundlegenden Status¹⁸ der Angehörigen der Mitgliedstaaten. In der Sache selbst ist der Hinweis allerdings fraglos zutreffend, dass die Unionsbürgerschaft der Gemeinschaft keine Zuständigkeit für die Vergabe von Sozialleistungen verleiht und zudem unter dem Vorbehalt steht, der sich aus Art. 18 Abs. 1 EG selbst ergibt¹⁹. Dennoch bleibt darauf hinzuweisen, dass das Fehlen einer Sachkompetenz zu

9 Urteile Martinez Sala und Bidar; *EuGH*, Slg. 2003, I-11613 – Garcia Avello; Slg. 2001, I-6193 – Grzelcyk; Slg. 2002, I-6191 – d’Hoop; Slg. 2002, I-7091 – Baumbast.

10 Vgl. nur SchlA *Cosmas* Slg. 1999, I-6207, ab Rn. 37 – Wijnsenbeek.

11 Siehe Jürgen Schwarze, Grundrechtsschutz durch den EuGH, *NJW* 2005, S. 3459 (3463 f.).

12 So Kay Hailbronner, Die Unionsbürgerschaft und das Ende rationaler Jurisprudenz durch den EuGH?, *NJW* 2004, S. 2185 ff.

13 SchlA *Cosmas* in Wijnsenbeek, Rn. 37 einerseits, Rn. 38 bis 42 andererseits.

14 Darauf macht Meinhard Hilf in seiner Kommentierung von 2001 aufmerksam, siehe dens., in: Grabitz-Hilf (Hrsg.), Art. 18 EGV Rn. 21.

15 SchlA *Geelhoed* in Baumbast, Rn. 63.

16 So SchlA *Cosmas* in Wijnsenbeek, Rn. 95; Siegfried Magiera in Streinz (Hrsg.), EUV/EGV, Art. 18 EGV, Rn. 10.

17 So wohl in Urteil Garcia Avello, Rn. 24.

18 SchlA *Geelhoed* in Bidar, Rn. 28.

19 So Schwarze, (Fn.), *NJW* 2005, S. 3459 (3463 f.).

Gunsten der Gemeinschaft nach ständiger Rechtsprechung die Mitgliedstaaten nicht von der Beachtung der Anforderungen zu entbinden vermag, die sich aus den Grundfreiheiten bzw. Grundrechten ergeben²⁰. Zudem berücksichtigt die Kritik an der Rechtsprechung vielleicht zu wenig, dass es sich in den Rechtssachen *Grzelczyk* und *Bidar*²¹ um sehr eigentümliche, vom Einzelfall geprägte Sachverhaltskonstellationen handelte, die nicht ohne weiteres einer Verallgemeinerung zugänglich sind. Schließlich sollte stärker beachtet werden, dass der Gerichtshof in dem Urteil *Grzelczyk* ausdrücklich betont hat, die öffentlichen Finanzen des Aufnahmemitgliedstaates dürften nach der einschlägigen Richtlinie nicht „über Gebühr“ belastet werden. Daraus hat er e contrario geschlossen, dass die Richtlinie eine gewisse finanzielle Solidarität der Angehörigen des Aufnahmemitgliedstaates mit den Angehörigen anderer Mitgliedstaaten anerkennt²². In dem Urteil *Bidar* hat der Gerichtshof weitergehend ausgeführt, dass es jedem Mitgliedstaat freistehe, darauf zu achten, dass die Gewährung von Beihilfen zur Deckung des Unterhalts von Studenten aus anderen Mitgliedstaaten nicht zu einer übermäßigen Belastung erwächst, die Auswirkungen auf das gesamte Niveau der Beihilfen haben könnte, die dieser Staat gewähren kann²³. Daher sei es namentlich legitim, dass ein Mitgliedstaat solche Beihilfen nur Studenten gewährt, die nachgewiesen haben, dass sie sich bis zu einem gewissen Grad in die Gesellschaft dieses Staates integriert haben²⁴. Einen entsprechenden Verweis auf die finanzielle Stabilität findet sich auch in der ständigen Rechtsprechung zu den Auswirkungen der Grundfreiheiten auf die Sozialversicherungssysteme der Mitgliedstaaten²⁵.

Dem Gerichtshof ist also durchaus bewusst, dass die Unionsbürgerschaft den Bürgern zwar genuin gemeinschaftsrechtlich begründete Rechte verleiht, es aber die Mitgliedstaaten sind, welche die Kosten für die Verwirklichung dieser Rechte unter Umständen zu tragen haben. Der *Gerichtshof* wird in der anhängigen Rechtssache *Morgan und Bucher* erneut Gelegenheit haben, sich mit dieser „anormalen“ Situation auseinanderzusetzen – wie mein Kollege Arestis sie bezeichnet hat²⁶. In dieser Rechtssache stellt sich die Frage nach der eingeschränkten Förderungsfähigkeit von Auslandsstudien nach dem BAFöG erstmals allgemein²⁷. Überdies wirft dieser Fall die Frage nach der leistungsrechtlichen Dimension der Unionsbürgerschaft in voller Breite auf, denn die Vorlage des *VG Aachen* beruht gleichsam auf der Prämisse, dass eine im Vergleich zu

20 Urteil Garcia Avello, Rn. 24. Zur Voraussetzung einer engen Verbindung mit der Gesellschaft des betreffenden Mitgliedstaates bereits oben bei Fn. 8.

21 Nachweise in Fn. 9.

22 Urteil Grzelczyk, Rn. 44.

23 Urteil Bidar, Rn. 56.

24 Urteil Bidar, Rn. 57.

25 *EuGH*, Slg 1998, I-1931, Rn. 41–Kohll; Slg. 2001, I-5473, Rn. 72 f., 97 – Smits u. Peerbooms; Slg. 2003, I-4509, Rn. 73 – Müller-Fauré.

26 So *George Arestis*, Towards an EU citizenship?, Annual lecture at the Manchester Jean Monnet Center of Excellence and the Manchester European Research Institute, 16.3.2007, p. 10 f.

27 Vgl. für die Kinder von Wanderarbeitnehmern, Urteil *di Leo*.

Inlandsstudien eingeschränkte Förderung von Auslandsstudien eine Beschränkung der Freizügigkeit nach Art. 18 EG darstelle, also im Grundsatz von einem unionsbürgerrechtlichen Anspruch auf Gewährung von Leistungen für Inlands- und Auslandsstudien unter gleichen Voraussetzungen auszugehen sei, der nur unter bestimmten Voraussetzungen beschränkt werden könne. Damit dürfte sich die Diskussion um die Bedeutung des Wohnsitzerfordernisses zu einem Gutteil in den Bereich der Unionsbürgerschaft verlagern.

IV. Zur Anwendung des Wettbewerbsrechts auf die Sozialversicherungssysteme

Eine für das gesamte System der Sozialversicherung und namentlich für die gesetzliche Krankenversicherung grundlegende Frage betrifft die Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften. Für bestimmte Einrichtungen der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung hat der *Gerichtshof* entschieden, dass sie einen rein sozialen Zweck verfolgen und keine wirtschaftliche Tätigkeit ausüben, so dass sie dem Unternehmensbegriff des europäischen Wettbewerbsrechts nicht unterfallen.

Dies ist der Fall, wenn die Einrichtungen keine Möglichkeit haben, auf die Höhe der Beiträge, die Verwendung der Mittel und die Bestimmung des Leistungsumfangs Einfluss zu nehmen, da ihre auf dem Grundsatz der nationalen Solidarität beruhende Tätigkeit ohne Gewinnerzielungsabsicht ausgeübt wird und die Leistungen von Gesetzes wegen unabhängig von der Höhe der Beiträge erbracht werden²⁸. Die gleiche Beurteilung trifft für Einrichtungen zu, die kraft Gesetzes mit der Versicherung gegen Arbeitsunfälle und Berufskrankheiten betraut sind, weil Leistungen und Beiträge letztlich vom Staat festgelegt werden²⁹. Diese für die italienische Unfallversicherungsanstalt in der Rechtsache *Cisal* vom *Gerichtshof* vorgenommene Beurteilung ist allgemein formuliert und daher auf vergleichbare Systeme übertragbar. Es ist daher *prima vista* einleuchtend, warum das *BSozG* für die Beurteilung der gesetzlichen Unfallversicherung Deutschlands von einem *acte éclairé* ausgegangen ist und mithin von einer Vorlage an den *Gerichtshof* abgesehen hat³⁰. In der Rechtssache FENIN hat der *Gerichtshof* überdies entschieden, dass die Beurteilung der Einkaufstätigkeit von Einrichtungen der sozialen Sicherheit nicht von dem Verwendungszweck zu trennen ist und der wirtschaftliche bzw. nichtwirtschaftliche Charakter der späteren Verwendung der erworbenen Erzeugnisse zwangsläufig den Charakter der Einkaufstätigkeit bestimmt³¹.

28 *EuGH*, Slg. 1993, I-637, Rn. 5 und 18 – Poucet & Pistre; Slg. 2004, I-2493, Rn. 47 – AOK-Bundesverband.

29 *EuGH*, Slg. 2002, I-691, Rn. 43 bis 46 – *Cisal*.

30 *BSG*, Urteil vom 9.5.2006, B 2 U 34/05 R, Rn. 15 ff.

31 *EuGH*, Slg. 2006, I-6295, Rn. 26 – FENIN.

Demgegenüber hat der *Gerichtshof* Einrichtungen, die zwar gesetzliche Systeme der sozialen Sicherheit verwalten, aber die Höhe der Beiträge und der Leistungen selbst bestimmen und nach dem Kapitalisierungsprinzip arbeiten, als eine wirtschaftliche Tätigkeit im Wettbewerb mit privaten Anbietern angesehen, die den Wettbewerbsvorschriften des Vertrages unterfallen³². Vor dem Hintergrund dieser Differenzierung ist es verständlich, dass die in Deutschland im letzten Jahr verabschiedete Reform der gesetzlichen Krankenversicherung, die zu einer Verstärkung von Wettbewerbselementen führt, einen Anlass bietet, um die Frage nach der Anwendung der gemeinschaftlichen Wettbewerbsvorschriften erneut zu diskutieren. Deshalb möchte ich betonen, dass selbst eine unterstellte Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften keineswegs einen gänzlichen Umbruch der Systemgrundlagen bedingen würde oder gar müsste.

Denn der *Gerichtshof* hat eine spezifische Ausnahme von den Wettbewerbsvorschriften nach Art. 86 Abs. 2 EG nicht erst als gerechtfertigt angesehen, wenn das finanzielle Gleichgewicht oder das wirtschaftliche Überleben der mit einer Dienstleistung von allgemeinem wirtschaftlichen Interesse betrauten Einrichtung bedroht ist. Vielmehr genügt es nach der ständigen Rechtsprechung, dass besondere Befugnisse erforderlich sind, um die Erfüllung der im Allgemeinen wirtschaftlichen Interesse liegenden Aufgabenstellung zu wirtschaftlich annehmbaren Bedingungen zu ermöglichen³³. Besonders hervorzuheben ist insoweit, dass der *Gerichtshof* den Mitgliedstaaten angesichts der komplexen Natur einer Bewertung der Auswirkungen solcher Befugnisse auf die betroffenen Leistungssysteme und ihr finanzielles Gleichgewicht ausdrücklich einen weiten Ermessensspielraum konzidiert hat³⁴. Seine gemeinschaftsrechtliche Überprüfung der Erforderlichkeit solcher Sonderrechte hat er spiegelbildlich auf offensichtliche Beurteilungsfehler beschränkt³⁵. Diese Perspektive zeigt, dass selbst eine Anwendbarkeit der Wettbewerbsvorschriften, sollte sie zunehmend wettbewerblich ausgerichtete Systeme der sozialen Sicherheit tatsächlich erfassen, kein notorisch zu eng geratenes Korsett bildet, welches der Wahrnehmung sozialer Zielsetzungen entgegenstehen muss. Vielmehr bezeugt die Rechtsprechung zu Art. 86 Abs. 2 EG, dass sich der *Gerichtshof* dem berechtigten Anliegen der Mitgliedstaaten gegenüber stets aufgeschlossen gezeigt hat, wenn diese eine ausgleichende Durchsetzung von solidarisch-sozialstaatlichen Zielsetzungen mit Instrumenten des Wettbewerbs für geboten erachten, bspw. um eine verbesserte Kostenkontrolle gewährleisten zu können.

32 *EuGH*, Slg. 1995, I-4013, Rn. 17 und 22 – FFSA; Slg. 1999, I-5751, Rn. 81, 84 – Albany.

33 *EuGH*, Slg. 1993, I-2533, Rn. 14-16 – Corbeau; Slg. 1997, 5699, Rn. 37-65 – Stromhandelsmonopole; Urteil Albany, Rn. 107; Slg. 2001, I-4109, Rn. 54 f. – TNT Traco; Slg. 2001, I-8089 – Ambulanz Glöckner.

34 Urteil Albany, Rn. 119.

35 Urteil Albany, Rn. 120.

Die Rechtsprechung des EuGH als bestimmender Faktor für die weitere Entwicklung der Koordinierung der Sozialversicherung innerhalb der Gemeinschaft

Sebastião Nóbrega PIZARRO

I. Einführung

1. Auch wenn es absurd ist, sollte man sich einmal vorstellen, dass es im EG-Vertrag keinen Artikel 177 (heute 234) gäbe, der die Zuständigkeit des Gerichtshofes bei Auslegung und Bewertung der Gültigkeit von Gemeinschaftsrecht regelt – und ich beschränke mich nur auf die an sich schon komplexen Vorschriften, die die Gesetzgebung zur sozialen Sicherheit der 27 Mitgliedstaaten regelt, welche ihrerseits vielfältig und komplex sind und oft unterschiedlichen Konzepten folgen. Dann ginge man zumindest das ernste Risiko ein, dass diese nicht einheitlich ausgelegt würden¹.

Da dies im Widerspruch zum Integrationsprozess selbst steht, wäre eine noch schwerwiegendere Folge, dass schließlich der soziale Schutz in Frage gestellt würde, der den Unionsbürgern geschuldet wird, die ihr Recht auf Freizügigkeit im EU-Raum wahrgenommen haben oder wahrnehmen.

Nehmen wir auf der anderen Seite die Darlegung der Gründe, z.B. in der Verordnung Nr. 647/2005 zur Änderung der Verordnung 1408/71, bezüglich der Anwendung der Systeme der sozialen Sicherheit auf Arbeitnehmer und Selbständige sowie deren Familienangehörige, die innerhalb der Gemeinschaft zu und abwandern. Es mussten bestimmte Änderungen an der Verordnung vorgenommen werden, um namentlich die jüngste Rechtsprechung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaft zu berücksichtigen und dazu mussten Schlussfolgerungen aus verschiedenen Urteilen gezogen werden. Übrigens ist es auf diesem Gebiet so, dass die meisten Verordnungen mit Reformcharakter identische Erwägungen haben, während dies bei Verordnungen zur Abänderung früherer Verordnungen nur selten der Fall ist.

1 Der Art. 234 des Vertrages hatte ja gerade zum Ziel, einen Mechanismus zu schaffen, der die einheitliche Auslegung der gemeinschaftlichen Rechtsnormen sicherstellt, also einen Mechanismus, der wie man sehen wird, im Bereich der gemeinschaftlichen Koordinierungsregeln für soziale Sicherheit reichlich benutzt wurde. Anders ist es bei anderen multilateralen Koordinierungsregeln, z.B. werden beim Europäischen Abkommen über Soziale Sicherheit des Europarates von 1972 die Probleme der *Auslegung* durch Verhandlungen der streitenden Parteien gelöst oder, wenn die Differenzen für alle Vertragsparteien von Interesse sind und auf anderem Wege nicht beigelegt werden können, durch das Ministerkomitee, indem im Prinzip vom Präsidenten des Europäischen Gerichtshofes für Menschenrechte ein Schiedsrichter ernannt wird (vgl. Art. 71 des Europäischen Abkommens).

Beide Feststellungen, eine imaginär, die andere real, zeigen die Bedeutung der Rechtsprechung des Gerichtshofes aus zwei Perspektiven, als zwei Seiten einer Medaille, nämlich als Entwicklung des Gemeinschaftsrechtes zur Koordinierung der Sozialversicherung² und als effektiven Schutz der Unionsbürger und heutzutage auch, mit Anpassungen, der Bürger aus Drittstaaten.

2. Bevor wir das Herausragende dabei zeigen, möchte ich damit beginnen, einen lieben Freund und großen Meister auf diesem faszinierenden Gebiet, das sich 'Soziale Sicherheit für Wanderarbeitnehmer' nennt, zu zitieren.

In einem 1979 in einer belgischen Zeitschrift publizierten Artikel mit dem Titel: „L'influence de la Cour de Justice des Communautés Européennes sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale“ (Der Einfluss des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften auf die internationale Koordinierung der Rechtsvorschriften über die soziale Sicherheit) hat der leider verstorbene Professor Guy Perrin gesagt: „es stellt sich also heraus, dass diese Rechtsprechung nicht nur eine Gemeinschaftsrechtsprechung ist, was sie auch sein soll, sondern sie ist auch eine grundsätzlich soziale und liberale Rechtsprechung. Sie ist nämlich insofern sozial, als sie dazu neigt, die für die Wanderarbeitnehmer *günstigste Auslegung* zu wählen, (...) [aber sie] ist auch liberal denn sie lehnt es ab, sich in den Wortlaut der Vorschriften einsperren zu lassen und entwickelt mitunter ihre eigene Logik sogar soweit, dass sie *den Geist der Vorschrift bevorzugt*, den sie ihnen beimisst“³.

Sozial und liberal, so nennt eine internationale Autorität auf diesem Gebiet die Rechtsprechung des Gerichtshofes. Attribute, die meines Erachtens auch nach 28 Jahren gut passen, wenn der Begriff liberal heute auch eine neoliberale Konnotation hat, was auf dem Gebiet der sozialen Sicherung allerdings nicht zutreffend ist.

3. Ich möchte vorausschicken, dass es natürlich nicht meine Absicht ist, in diesem Vortrag eine Analyse, auch nicht zusammenfassend, der Urteile des Gerichtshofes zu geben, mit dem Risiko, mich auf diesem steilen aber anregenden Weg, den die Gemeinschaftsrechtsprechung zur sozialen Sicherung darstellt, zu verlaufen.

Aus quantitativer Sicht – der eine reichhaltige qualitative Seite gegenübersteht – muss man deutlich hervorheben, dass das Gericht seit dem berühmten Urteil UNGER⁴ aus dem Jahre 1964, dem ersten auf einem langen Weg, bis zu dem zuletzt veröffent-

2 Da der Begriff "Gemeinschaftsrecht zur Koordinierung der Sozialrechtsvorschriften der Mitgliedstaaten" in dieser oder anderer Form im Text sehr häufig vorkommt, wird aus Gründen der Vereinfachung die abgekürzte Bezeichnung Koordinierungsregelung oder Koordinierungssystem zur Sozialversicherung benutzt.

3 GUY PERRIN "L'influence de la Cour de Justice des Communautés européennes sur la coordination internationale des législations de sécurité sociale", Revue Belge de Sécurité Sociale, Bruxelles, janvier 1979, S.4. Übersetzung des Zitats aus dem Französischen.

4 Urteil UNGER, vom 19. März 1964, Rs 75/63.

lichten Urteil STAMATELAKI aus 2007⁵ mehr als 550 Urteile auf dem Gebiet der sozialen Sicherung für Wanderarbeitnehmer gesprochen hat. Das ergibt im Mittel 13 Urteile pro Jahr, also mehr als ein Urteil pro Monat.

Man möchte fast sagen, dass der Gerichtshof die Existenz des Artikel 234 des Vertrags voll gerechtfertigt und seinen Beitrag zum Schutz der Wanderarbeitnehmer geleistet hat.

Wir werden jetzt zur Illustration und beispielhaft den Einfluss der Rechtsprechung des Gerichtshofes auf zwei Gebieten behandeln: einerseits die Begriffe Arbeitnehmer, Sozialversicherter und versicherte Person im Rahmen der Erweiterung des Personenkreises, auf den die Verordnungen zur Koordinierung der Sozialversicherung anzuwenden sind – natürlich immer mit dem Bezugspunkt der Freizügigkeit; und andererseits die Gewährung von Sachleistungen aus der Krankenversicherung im Ausland in den Fällen, wo dies auf Grund der nationalen Gesetzgebung von der Genehmigung durch den zuständigen Leistungsträger abhängt und zwar nach dem Decker-Urteil 1998⁶ angesichts der wirtschaftlichen Freiheiten, die mit der Freizügigkeit im Waren- und Dienstleistungsverkehr in Verbindung stehen⁷.

Der erste Punkt geht vor allem auf die Ursprünge dieser Rechtsprechung zurück, die diese tief prägen sollten, besonders in Bezug auf den festen und kohärenten Ausbau der Auslegung als Methode der Rechtsprechung; während der zweite ein stets aktuelles Thema ist und außerdem innerhalb des europäischen Sozialmodells mit der Gewährung von Gesundheitsleistungen im Gemeinschaftsraum zu tun hat.

Abschließend werden wir uns vorausblickend anschauen, welche Rolle die Rechtsprechung des Gerichtshofes eventuell bei der zukünftigen praktischen Anwendung der Verordnung Nr. 883/2004 zur Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherung spielen kann. Darum muss man schon hier etwas zur Auslegungsmethode des Gerichtshofes sagen, das heißt, zur so genannten teleologische Methode der Auslegung.

II. Die Methode der teleologischen Auslegung, wie sie vom Gerichtshof bei der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherung angewandt wird

1. Die Bezeichnung der Regel als Koordinierung, anfänglich 'Soziale Sicherheit für Wanderarbeitnehmer' genannt, ergibt sich nicht aus dem Buchstaben des Artikels 51 des Vertrages (heute Art. 42). Die heutige Bezeichnung 'Koordinierung der Systeme der

5 Urteil STAMATELAKI, vom 19 April 2007, Rs C-444/05.

6 Urteil DECKER, vom 28. April 1998, Rs C-120/95.

7 Innerhalb des Textes abgekürzt 'wirtschaftliche Freiheiten'.

sozialen Sicherheit' (Verordnung 883/2004) wurde in der Rechtsprechung des Gerichtes schon sehr viel früher als in der Gesetzgebung benutzt⁸.

Die Elemente, auf die sich der Gerichtshof in der Anfangsphase bei der Ausarbeitung seiner Auslegungsmethode gründete, ergaben sich aus zwei Hauptartikeln des Vertrages auf diesem Gebiet: Artikel 48 und 51 (heute 39 u. 42), die ihren Platz im Kapitel I zu den Arbeitskräften haben, welches seinerseits zu Titel III gehört, der der Freizügigkeit des Personenverkehrs gewidmet ist, welcher wiederum zum Zweiten Teil des Vertrages gehört, der den *Grundlagen der Gemeinschaft* gewidmet ist (heute mit dem Titel: Die Politiken der Gemeinschaft).

Erst später wurden andere Elemente in die Auslegungsmethode mit hinein genommen, die sich im Besonderen aus den Bestimmungen zur Freizügigkeit von Waren und Dienstleistungen ergeben. Dazu kamen die Elemente, die sich aus den Bestimmungen zur Unionsbürgerschaft ergeben.

Diese Referenz an die Grundlagen der Gemeinschaft hat den Gerichtshof dazu gebracht, die Auslegungsmethode „zu begründen“, insbesondere diejenigen, die in Anwendung des Artikels 234 eingesetzt wird, das heißt, im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen dem Gerichtshof und den innerstaatlichen Gerichten, die mittels präjudiziellen Rückverweises als allgemeine Gerichte für das Gemeinschaftsrecht tätig sind.

Diese Methode mit der bedeutsamen Bezeichnung 'teleologische Methode' (aus griechisch *telos* - Ziel und *logos* - Lehre) orientiert sich in erster Linie an den Zielen des Vertrages, aus denen sich die Beweiskraft für die Kriterien herleitet, die den Gerichtshof auf der Suche nach Inhalt und Reichweite der zur Debatte stehenden Gemeinschaftsnorm führen. So wird durch die ausschließliche Zuständigkeit eine einheitliche Auslegung des Gemeinschaftsrechts gesichert.

Die Einheitlichkeit hat besondere Bedeutung bei den Koordinierungsregeln für die Sozialversicherung, welche durch Verordnungen bestimmt werden, die unterschiedliche Systeme bestehen lassen, denen unterschiedliche nationale Gesetzgebungen (Art. 42, Vertrag) und unterschiedlicher Institutionen entsprechen, gegen die die Leistungsempfänger „unmittelbare Ansprüche aufgrund der innerstaatlichen Rechtsvorschriften allein oder erforderlichenfalls in Verbindung mit dem in Artikel 51 des Vertrages vorgesehenen System der Zusammenrechnung der Versicherungszeiten“⁹ haben.

Diese Bestandteile oder „Grundlagen“, die vom Gerichtshof selbst in den ersten Urteilen in Auslegung der Verordnung Nr. 3 von 1958 zur Sozialen Sicherung der Wanderarbeitnehmer geschaffen wurden, können wie folgt zusammengefasst werden:¹⁰

8 Siehe z.B. Urteil PETRONI, vom 21. Oktober 1975, Rs 24-75, Punkt 20, wo man lesen kann: „Artikel 46 Absatz 3 [der Verordnung Nr. 1408/71] ist eine Vorschrift zur Begrenzung von Kumulierungen. Der Rat darf auch bei der Ausübung der ihm in Artikel 51 verliehenen Befugnisse auf dem Gebiet der *Koordinierung* der mitgliedstaatlichen Systeme der sozialen Sicherheit ...“.

9 Urteil DE MOOR, vom 5. Juli 1967, Rs 2-67, Abs. 10 der Entscheidungsgründe bezüglich des Fraghintergrundes.

10 Die Hervorhebungen in diesem Beitrag stammen, besonders innerhalb der Zitate zur Rechtsprechung, vom Autor.

Die Auslegung der Verordnungen erfolgt ausgehend von Artikel 39 und 51 des Vertrages, die seine Grundlage, Rahmen und Grenze sind.

Und so sagte das Gericht zu den Verordnungen der sozialen Sicherheit: „Die Grundlage, den Rahmen und die Grenzen der genannten Artikel, wie übrigens auch der gesamten Regelung, zu der sie gehören, bilden die Artikel 48 - 51 des Vertrages, deren Ziel die Herstellung der Freizügigkeit der Arbeitnehmer ist.“ Und somit lässt sich ihre Auslegung „von diesem grundlegenden Ziel ... *nicht trennen*“¹¹.

Bemerkt sei hier die logische, wenn nicht sogar chronologische Abfolge der drei Begriffe Grundlage, Rahmen und Grenze vom argumentativen Standpunkt aus. Das heißt, die Auslegung ist wirklich gemeinschaftlich und wird von den Bestimmungen des Vertrages befördert, vorgegeben und begrenzt.

Die Auslegung der Verordnungen muss ausgehend von der Freizügigkeit des Personenverkehrs als einem der Ziele des Vertrages geschehen.

„Da die Herstellung einer möglichst weitgehenden Freizügigkeit der Arbeitskräfte hiernach zu den 'Grundlagen' der Gemeinschaft gehört, stellt sie das Hauptziel des Artikels 51 dar und ist mithin für die Auslegung der in Anwendung dieses Artikels ergangenen Verordnungen maßgebend“¹² – ein leuchtendes Beispiel teleologischen Denkens in dem Sinne, dass jedwedes Recht einer Zielsetzung entspricht.

Die Auslegung der Verordnungen geht dahin, Benachteiligungen von Wanderarbeitnehmern zu verhindern und sie im Zweifelsfall möglicherweise sogar zu begünstigen.

Und in der Tat nimmt diese Freizügigkeit einen besonderen Platz unter den Rechten der Wanderarbeitnehmer ein. Darum wird der Gerichtshof gesagt haben: „Ein derartiges Ziel erfordert die Beseitigung von gesetzlichen Bestimmungen, die geeignet sind, die Wanderarbeitnehmer zu benachteiligen, und sich somit hemmend auswirken. Die vorerwähnten Artikel [48 bis 51] und die zu ihrer Durchführung getroffenen Maßnahmen sind daher [gerechterweise] im Zweifel in dem Sinne auszulegen, dass sie die Rechtsstellung der Wanderarbeitnehmer, insbesondere auf dem Gebiet der Sozialversicherung, vor Benachteiligungen schützen wollen. Dagegen stehen die genannten Vorschriften solchen innerstaatlichen Bestimmungen nicht entgegen, deren Anwendung dazu führt, dass die Wanderarbeitnehmer [zu ihren Gunsten] einen zusätzlichen Sozialschutz erhalten.“¹³.

-Die Auslegung der Vorschriften muss so erfolgen, dass durch die Bestimmungen, die ja der Koordinierung und nicht der Harmonisierung der mitgliedstaatlichen Rechtsvorschriften zur sozialen Sicherheit dienen, keine zusätzlichen Differenzen zu denen hinzugefügt werden, die sich bereits aus der mangelnden Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften ergeben.

11 Urteil HAGENBEEK, vom 13. Juni 1966, Rs 4/66, Absätze 5 u. 8 der Entscheidungsgründe.

12 Urteil UNGER, ebenda, Abs. 5 der Entscheidungsgründe.

13 Urteil NONNENMACHER, vom 19. Juni 1964, Rs 92/63, Abs. 13, 14 u. 15 der Entscheidungsgründe.

So einen Fall gab es bei Artikel 73 der Verordnung 1408/71, der für die Zahlung der Familienbeihilfen zwei unterschiedliche Systeme festlegte, je nachdem, welchen Rechtsvorschriften die Wanderarbeitnehmer unterlagen: den französischen oder den Rechtsvorschriften aller anderen Mitgliedstaaten, womit das Gemeinschaftsrecht neue Ungleichheiten zu den bereits aus den einzelstaatlichen Rechtsvorschriften resultierenden Ungleichheiten hinzufügte.

Zu dieser Sache sagte der Gerichtshof, dass es notwendig sei: „darauf hinzuweisen, dass Artikel 51 [heute 42] EWG-Vertrag eine Koordinierung, nicht aber eine Harmonisierung der Rechtsvorschriften (...) vorsieht. Artikel 51 lässt also Unterschiede zwischen den Systemen der Sozialen Sicherheit der Mitgliedstaaten (...) bestehen. Daraus folgt, dass das (...) [Gemeinschaftsrecht] keine Unterschiede einführen darf, die zu denen hinzutreten, die sich bereits aus der mangelnden Harmonisierung der nationalen Rechtsvorschriften ergeben.“¹⁴

Die Auslegung der Gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften verbietet es nicht, dass durch innerstaatliche Gesetze den Wanderarbeitnehmern noch günstigere Leistungen gewährt werden.

Die Verordnung 1408/71 stellt für den Gerichtshof „zu diesem Zweck ... eine Gesamtheit von Vorschriften auf, die sich insbesondere auf das Verbot der Diskriminierung aufgrund der Staatsangehörigkeit oder des Aufenthaltsortes sowie auf die Aufrechterhaltung der Ansprüche gründen, die der Arbeitnehmer nach dem System oder den Systemen der sozialen Sicherheit, die für ihn gelten oder gegolten haben, erworben hat. Es hieße demnach, über dieses Ziel hinauszugehen und sich gleichzeitig *außerhalb der Zweckbestimmung und des Rahmens des vorgenannten Artikels 51* zu stellen, legte man die Verordnung Nr. 1408/71 so aus, dass sie innerstaatlichen Rechtsvorschriften verbietet, dem Arbeitnehmer einen weitergehenden sozialen Schutz zu gewähren, als sich aus der Anwendung dieser Verordnung ergibt.“¹⁵.

Die Auslegung der Verordnungen darf die von den Wanderarbeitnehmern errungenen Rechte, die sich aus der ausschließlichen Anwendung einer einzelstaatlichen Rechtsvorschrift ergeben, nicht in Frage stellen.

Anders gesagt, muss das so genannte *Prinzip der Unantastbarkeit der erworbenen Rechte* als Schlussfolgerung aus den Artikeln 39 und 42 des Vertrages respektiert werden, deren Zweck es ihrerseits ist, den freien Personenverkehr zu sichern und zu fördern.

Wie RAEPENBUSCH bei der Einschätzung dieses Prinzips hervorhebt, „cet objectif ne serait pas atteint si l'application des règlements avait pour résultat de supprimer ou de réduire les avantages de sécurité sociale qu'un travailleur tiendrait de la seule législa-

14 Urteil PINNA, vom 15. Januar 1986, Rs 41/84, Rdnr. 20 u. 21.

15 Urteil JORDENS-VOSTERS, vom 10. Januar 1980, Rs 69/79, Rdnr. 11.

tion d'un État membre et de placer ainsi le travailleur migrant dans une situation moins favorable que celle que lui garantissent les législations nationales“¹⁶

Mit anderen, bereits vor mehr als dreißig Jahren vom Gerichtshof im berühmten Urteil PETRONI von 1975 gesprochenen Worten würde „der Zweck der Artikel 48 bis 51 [heute 39 und 42] (...) verfehlt, wenn die Arbeitnehmer, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch gemacht haben, Vergünstigungen der sozialen Sicherheit verlören, die ihnen jedenfalls die Rechtsvorschriften eines einzigen Mitgliedstaats sichern.“¹⁷

Bei der Auslegung der Verordnungen muss man in den Bestimmungen danach Ausschau halten, wo sich die Grundprinzipien der Koordinierungsregeln und somit das Prinzip der weitesten Gleichbehandlung der Bürger der Mitgliedsstaaten widerspiegeln, was sowohl unmittelbare, mittelbare oder verdeckte Diskriminierung verbietet und außerdem muss man, wenn notwendig, die Sachlage in einem Mitgliedstaat an die in einem anderen Mitgliedstaat bestehende Sachlage anpassen.

Am spürbarsten für die Wanderarbeitnehmer ist das Prinzip der Aufrechterhaltung von Rechten, insbesondere von erworbenen Rechten und das Prinzip der Gleichbehandlung. Hierbei hat das Prinzip der Festlegung der anwendbaren Rechtsvorschriften eine instrumentelle Funktion, die zwar vorausgeht, aber in dem Maße *bestimmend* ist, da sie in der konkreten Situation die einzelstaatlichen Gesetzesvorschriften auswählt, die zwingend für den Leistungsempfänger gelten.

Zum ersten Prinzip hat sich der Gerichtshof explizit und mit der Forderung nach Verzicht auf Klauseln der Wohnsitzerfordernis oder der Einredbarkeit von *Territorialklauseln* gegen den Leistungsempfänger sehr klar geäußert als er sagte: „Vorschriften (...), die Ausnahmen vom Grundsatz der Exportierbarkeit von Leistungen der sozialen Sicherheit vorsehen (...) sind eng auszulegen.“¹⁸

Bezüglich des zweiten Prinzips, aus dem sich alle anderen Prinzipien ableiten, die das System der Koordinierungsregeln bilden, vertritt der Gerichtshof die Meinung, dass es auch in den Fällen, wo die Leistungsempfänger anscheinend gleichbehandelt werden, Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit geben kann, nämlich dort, wo man durch Anwendung anderer Kriterien, z.B. Wohnsitz der Familie, zum gleichen Ergebnis kommt und „dass der Gleichbehandlungsgrundsatz nicht nur offenkundige Diskriminierungen aufgrund der Staatsangehörigkeit, sondern auch *alle verschleierte Formen der Diskriminierung verbietet*, die mit Hilfe der Anwendung anderer Unterscheidungsmerkmale tatsächlich zu demselben Ergebnis führen“¹⁹.

Und bezüglich der Anpassung an die Sachlage gilt: „Die zuständige Einrichtung eines Mitgliedstaats hat nach den Artikeln 8a, 48 und 51 EG-Vertrag (nach Änderung

16 S.V. RAEPENBUSCH „La Sécurité sociale des travailleurs européens, Principes directeurs et grands arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes », éditions de Boeck, Université, Bruxelles, 2001, p.142.

17 Urteil PETRONI, ebenda, Rdnr. 13.

18 Urteil JAUCH, vom 8. März 2001, Rs C-215/99, Rdnr. 21.

19 Urteil PINNA, ebenda, Rdnr. 23.

jetzt Artikel 18 EG, 39 EG und 42 EG) Kindererziehungszeiten, die eine zur Zeit der Geburt des Kindes als Grenzgänger in diesem Mitgliedstaat beschäftigte und in einem anderen Mitgliedstaat wohnhafte Person in letzterem zurückgelegt hat, für die Gewährung der Altersrente *wie im Inland zurückgelegte Zeiten anzurechnen*.“²⁰

Bei der Auslegung der Verordnungen wird berücksichtigt, ob es sich bei einer Leistung um eine Leistung der sozialen Sicherheit handelt und worin das Wesen der Leistung, wie Zweck und Voraussetzung für die Gewährung, besteht – unabhängig davon ob die Leistung als solche nach nationalem Recht eines Mitgliedsstaates eine Leistung der sozialen Sicherheit ist – sofern es sich, einschränkend, um ein Risiko im sachlichen Geltungsbereich der gleichen Verordnungen handelt.

Da es um die koordinierte Geltung einzelstaatlicher Systeme der sozialen Sicherheit geht, fühlte sich der Gerichtshof logischerweise bemüht, die durch dieses System zu diesem Zweck gewährten Leistungen einheitlich und genau zu beschreiben, also festzustellen, wann eine Leistung von den Verordnungen erfasst oder ausgeschlossen werden soll. Damit wird jedem einzelnen Mitgliedstaat die Definition „seines“ Feldes der sachlichen Anwendbarkeit entzogen.

Somit kann „eine Leistung (...) dann als Leistung der sozialen Sicherheit betrachtet werden, wenn sie *erstens* den Empfängern ohne jede auf Ermessen beruhende individuelle Bedürftigkeitsprüfung aufgrund eines gesetzlichen Tatbestands gewährt wird und sich *zweitens* auf eines der in Artikel 4 Absatz 1 der Verordnung Nr. 1408/71 ausdrücklich aufgezählten Risiken bezieht.“²¹

Die Auslegung der Koordinierungsregeln zur sozialen Sicherheit im Sinne des Ausschlusses eines Geltungsbereiches, insbesondere bestimmter Leistungen, also im Sinne von Nichtgeltung, darf die Mitgliedsstaaten nicht davon entbinden, sich zu vergewissern, dass keine andere Vorschrift des Gemeinschaftsrechtes gelten.

Eine Leistung, die theoretisch eine Leistung der sozialen Sicherheit im oben benannten Sinne sein kann, muss „angesichts des weiteren Spielraums, über den der Rat (...) verfügt“²² bei der Festsetzung des sachlichen Geltungsbereich der Koordinierungsregel mit erfasst werden und im Lichte der Verordnung 1612/68 über den freien Personenverkehr der Arbeitnehmer innerhalb der Gemeinschaft geprüft werden.

Der Gerichtshof sagt: „Der Ausschluss der besonderen Geburts- und Adoptionsbeihilfen vom Anwendungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 (...) befreit jedoch (...) die Mitgliedstaaten nicht von der Verpflichtung, sich zu vergewissern, dass keine andere

20 Urteil ELSÉN, vom 23. November 2000, Rs C-135/99, Tenor.

21 Urteil MEINTS, vom 27. November 1997, Rs C-57/96, Rdnr. 23 u. 24.

22 Urteil GISLAIN LECLERE U. ALINA DEACONESCU, vom 31. Mai 2001, Rs C-43/99, Rdnr. 29 u. 31. Der „*weitere Spielraum des Gerichtshofes*“, würden wir hinzufügen, darf jedoch nicht soweit ausgedehnt werden, dass Artikel 42 des Vertrages in Frage gestellt wird, der grundsätzlich die Leistungen umfasst, die von den "verschiedenen einzelstaatlichen Gesetzesvorschriften" vorgesehen sind, jedenfalls mindestens jene Leistungen die einem der in der Koordinierungsverordnung ausdrücklich aufgezählten Risiken entsprechen.

Vorschrift des Gemeinschaftsrechts, insbesondere der Verordnung Nr. 1612/68, der Aufstellung einer Wohnortvoraussetzung entgegensteht.“²²

Und falls hier etwas entgegensteht, kann es im Gegenteil auf Grund des Prinzips der Gleichbehandlung und der Nichtdiskriminierung wegen Staatsangehörigkeit zur Gewährung einer Leistung der sozialen Sicherheit kommen, auch wenn man sich damit an den Rand der Koordinierungsregeln begibt.

2. Wenn es stimmt, dass die Auslegung der Normen zu Koordinierung der Sozialversicherung durch den Gerichtshof anfänglich von der Durchsetzung des Zieles 'Freizügigkeit der Arbeitnehmer' und von den Grundprinzipien der Koordinierung der Sozialversicherung „nicht [zu] trennen“²³ war, dann bilden in jüngerer Zeit auch andere Freiheiten und andere Prinzipien des Vertrags die „Grundlage“ und den „Rahmen“²³ – aber in gewisser Weise schon nicht mehr die *Grenzen* (so die *erweiterte* Betrachtung der Gründe und Ziele) – für die Rechtsprechung.

Es geht zum Beispiel um wirtschaftliche Freiheiten, hier besonders um die Dienstleistungsfreiheit im Gesundheitswesen und um das Prinzip der Unionsbürgerschaft. Das bedeutet:

Die Auslegung der Verordnungen darf sich also nicht auf die traditionelle Prüfung der Übereinstimmung mit den als Rechtsgrundlage dienenden Grundbestimmungen des Vertrages beschränken, sondern muss, wenn notwendig, die auszulegende Bestimmung auch im Zusammenhang mit anderen, ebenfalls grundlegenden Bestimmungen sehen.

Der Gerichtshof sagte: „Der Umstand, dass eine nationale Maßnahme möglicherweise einer Bestimmung des abgeleiteten Rechts - hier dem Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 - entspricht, hat nicht zur Folge, dass sie nicht an den Bestimmungen des EG-Vertrags zu messen wäre“ oder genauer an den Artikeln 59 und 60 (heute 49 und 50); auf der anderen Seite „lässt das Gemeinschaftsrecht die Zuständigkeit der Mitgliedstaaten zur Ausgestaltung ihrer Systeme der sozialen Sicherheit unberührt (...). Gleichwohl müssen die Mitgliedstaaten (...) bei der Ausübung dieser Befugnis das Gemeinschaftsrecht beachten.“²⁴

Die Auslegung der Verordnungen zur sozialen Sicherung muss derart erfolgen, dass alle Bürger der EU, die ihren Wohnsitz in einem Mitgliedstaat haben, erfasst werden und als solche ein Recht auf Nichtdiskriminierung im Verhältnis zu den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates haben.

Der Status 'Unionsbürger' hat das Zeug, grundlegender Status aller Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten zu werden, denn die Bürger der Union unterliegen, so sie hier ihren Wohnsitz haben, den Rechten und Pflichten aus dem Vertrag (Artikel 17). Zu diesen Rechten gehört das Recht auf Nichtdiskriminierung wegen der Staatszugehörigkeit auf den Feldern auf denen der Vertrag anwendbar ist, hier also bei den Koordinierungsregeln für die Sozialversicherung. Und in der Tat sagte der Gerichtshof, dass „sich ein

²³ Vgl. oben, Urteil HAGENBEEK.

²⁴ Urteil DECKER, ebenda, Rdnr. 27, 21 und 23.

Unionsbürger, der sich (...) rechtmäßig im Gebiet des Aufnahmemitgliedstaats aufhält, in allen vom sachlichen Anwendungsbereich des Gemeinschaftsrechts erfassten Fällen auf Artikel 6 des Vertrages berufen [kann], und zwar auch in dem Fall, dass dieser Staat die Gewährung einer Leistung [der Sozialversicherung], die jeder Person zusteht, die sich rechtmäßig in diesem Staat aufhält, verzögert oder verweigert“²⁵.

Die Auslegung der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften muss auch solche Fälle berücksichtigen, die ausnahmsweise entweder das Vorhandensein von Hindernissen für die Grundfreiheiten des Vertrags oder die Einschränkung der Grundprinzipien der Koordinierungsregeln rechtfertigen, falls diese Beschränkungen objektiv und angemessen sind, und es darf auch nicht ausgeschlossen werden, dass eine Auslegung eventuell zu Anpassungen in den innerstaatlichen Systemen der sozialen Sicherung führt.

„Es steht fest, dass eine nationale Regelung (...), die einige Staatsangehörige allein deswegen benachteiligt, weil sie ihre Freiheit, sich in einen anderen Mitgliedstaat zu begeben und sich dort aufzuhalten, wahrgenommen haben, eine Beschränkung der Freiheiten darstellt, die Artikel 18 EG jedem Unionsbürger verleiht (...). Eine solche Beschränkung kann nach Gemeinschaftsrecht nur dann gerechtfertigt sein, wenn sie auf objektiven (...) Erwägungen des Allgemeininteresses beruht, die in einem angemessenen Verhältnis zu dem mit dem nationalen Recht rechtmäßigerweise verfolgten Zweck stehen. (...) Eine Maßnahme ist dann verhältnismäßig, wenn sie zur Verwirklichung des verfolgten Zieles geeignet ist und nicht über das hinausgeht, was zu dessen Erreichung notwendig ist.“²⁶

Auf der anderen Seite, und wenn wir über die *Anpassungen* sprechen, die in den mitgliedstaatlichen Gesetzgebungen bezüglich der Arbeitslosenunterstützung vorgenommen werden mussten, genauer gesagt bezüglich der Auszahlung auf dem Territorium eines anderen Mitgliedstaates, hat der Gerichtshof bestätigt, dass „die Verwirklichung der durch den Vertrag garantierten Grundfreiheiten die Mitgliedstaaten *unvermeidlich* [verpflichtet], einige Anpassungen in ihren nationalen Systemen der sozialen Sicherheit vorzunehmen, ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte.“²⁷

Das ist natürlich vom Standpunkt des Systementwurfs interessant, denn die Verordnungen schaffen Regeln zur Koordinierung und nicht zur Harmonisierung und ändern also die einzelstaatlichen Gesetzesvorschriften nicht. Wenn man nun zulässt, dass diese bisweilen Anpassungen erfahren – was mit Sicherheit noch keine Harmonisierung ist –, so wird doch in gewisser Weise der Begriff Koordinierung im engen Sinne überschritten.

25 Urteil SALA, vom 12. Mai 1998, Rs C-85/96, Rdnr. 63.

26 Urteil DE CUYPER, vom 18. Juni 2006, Rs C-406/04, Rdnr. 39, 40 u. 42.

27 Urteil MÜLLER-FAURÉ, vom 13. Mai 2003, Rs C-385/99, Rdnr. 102.

Alle diese Bestandteile, Kriterien und Orientierungen – für die hier bedeutende Beispiele²⁸ zur Illustration der richterlichen Denkweise gebracht wurden – wurden den Prinzipien und den grundlegenden Zielen des Vertrages vom Gerichtshof selbst entnommen.

III. Der Einfluss der Rechtsprechung des EuGH auf den persönlichen Anwendungsbereich der Koordinierungsregel – der lange Weg von den Arbeitnehmern und Gleichgestellten bis zu den Staatsangehörigen der Mitgliedstaaten und bis zur Ausweitung auf Drittstaatenangehörige

1. Der persönliche Geltungsbereich der Verordnung 3/1958 zur sozialen Sicherung der Wanderarbeitnehmer ist bei diesen von einer Kategorie 'Arbeitnehmer oder Gleichgestellte' ausgegangen ohne diese Kategorie jedoch genau zu definieren, und hat somit dem Gerichtshof breiten Raum für die richterliche Auslegung gelassen, welcher auf der Grundlage des Gemeinschaftsrechtes ausgefüllt und ausgestaltet werden sollte, auch entgegen manchmal abweichender Kriterien innerstaatlicher Rechtsvorschriften, also „zugunsten einer einheitlichen Auffassung, die mehr im Einklang mit den Anforderungen eines europäischen Rechtsstatus hinsichtlich des Schutzes der Wanderarbeitnehmer“²⁹.

Bei der ersten einer langen Serie von grundlegenden Fragen wurde der Gerichtshof, wie wir beim Urteil UNGER gesehen haben, vor die Frage gestellt, herauszufinden, „ob sich der Begriff 'ein Arbeitnehmer oder ihm Gleichgestellter' (...) nach dem Recht der einzelnen Mitgliedstaaten bestimmt oder einen übernationalen Inhalt hat, mit welcher Wendung offensichtlich das Gemeinschaftsrecht gemeint ist“³⁰.

Der Antwort wurde eine konsistente Argumentation vorangestellt: „Wäre die Bestimmung dieses Begriffes dem innerstaatlichen Recht überlassen worden, so wäre jeder

28 Die Rechtsprechung in Sachen VAN MÜNSTER (Urteil vom 5. Oktober 1994, Rs C-165/91) und ENGELBRECHT (Urteil vom 26. Oktober 2000, Rs C-252/97) kann ebenfalls im Sinne der teleologischen Methode gesehen werden, auch wenn es hier darum geht, dass der innerstaatliche Richter gezwungen ist, innerstaatliche Rechtsvorschriften zur Sozialversicherung "in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Gemeinschaftsrechts auszulegen". Falls dies unmöglich sein sollte, hat dieser Richter, um die vollständige Anwendung dieses Rechtes sicherzustellen, sogar "die Pflicht (...) nach Artikel 5 EG-Vertrag", "notfalls jede Bestimmung unangewandt [zu lassen], deren Anwendung im konkreten Fall zu einem gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis führen würde" (Rdnr. 39, 38 u. 40 Urteil ENGELBRECHT). Wenn man nun weiß, dass man vor einem "gemeinschaftsrechtswidrigen Ergebnis" steht, (z.B. die Situation, die aus einem nichtkonformen Verständnis der Koordinierungsregeln entsteht, was einen Arbeitnehmer dazu bringen könnte, auf die Ausübung seines Rechtes auf Freizügigkeit zu verzichten) kann man schließlich zum Gerichtshof gehen und eine *Auslegung* der Koordinierungsregelung verlangen.

29 GUY PERRIN, ebenda, S. 4.

30 Urteil UNGER, Abs. 1, 7, 10, 15 u. 26 der Entscheidungsgründe.

Staat in der Lage, den Inhalt des Begriffes 'Wanderarbeitnehmer' Veränderungen zu unterwerfen und bestimmten Personengruppen nach Belieben den Schutz des Vertrages zu entziehen.“ Das Ergebnis davon wäre dann, dass die „Artikel 48 bis 51 jeglicher Bedeutung beraubt und die vorerwähnten Ziele des Vertrages ernsthaft gefährdet“³⁰ wären.

Die Schlussfolgerung des Gerichtshofes hätte nicht klarer und konsequenter sein können und hat das Primat des Gemeinschaftsbegriffes festgeschrieben: „Nach alledem ist der Begriff 'ein Arbeitnehmer oder ihm Gleichgestellter' vom Gemeinschaftsrecht her zu verstehen. Er erstreckt sich auf alle Personen, die in dieser Eigenschaft, gleichviel unter welcher Bezeichnung, von den verschiedenen Systemen des innerstaatlichen Sozialversicherungsrechts erfasst werden.“³⁰.

In dem Maße, wie der Akzent immer stärker auf Sozialversicherungsrecht statt auf Arbeitsrecht gelegt wurde, sollte der letzte Teil der Antwort von nun an Ausgangspunkt der schrittweisen Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches der Gemeinschaftsnormen zur sozialen Sicherung werden.

Und der Gerichtshof hat im gleichen Urteil UNGER alle diejenigen mit eingeschlossen, die streng genommen zwar nicht als Wanderarbeitnehmer angesehen werden können, (und man muss daran erinnern, dass der Titel der Verordnung Nr. 3 gerade die soziale Sicherung der Wanderarbeitnehmer zum Gegenstand hatte) die sich aber innerhalb des Gemeinschaftsterritoriums bewegen, „gleichviel welches der Grund [ihres] Auslandsaufenthaltes ist“³⁰.

2. Auf der anderen Seite ist es für den Umfang des Begriffs Arbeitnehmer, so wie er vom Gerichtshof ausgelegt wurde, wenig relevant, ob der Betreffende „nun eine Erwerbstätigkeit ausübt oder nicht“³¹; entscheidend ist, ob derjenige „die Versicherteneigenschaft nach den für die soziale Sicherheit geltenden Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten besitzt“ und falls die betreffende Person eine Berufstätigkeit ausübt, muss die Eigenschaft Arbeitnehmer „unabhängig vom zeitlichen Umfang ihrer Beschäftigung“³² gelten, also selbst wenn es sich um eine Teilzeitbeschäftigung handelt.

Außerdem „ist eine Person dann als Arbeitnehmer (...) anzusehen, wenn sie die materiellen Voraussetzungen erfüllt, die von dem für sie geltenden System der sozialen Sicherheit objektiv festgesetzt worden sind, auch wenn die für den Anschluss an dieses System erforderlichen Schritte nicht unternommen wurden“³³, also selbst, wenn sie aus Gründen, die die Arbeitgeberseite zu vertreten hat, nicht wirksam sozialversichert ist.

Die für eine Erweiterung des Leistungsempfängerkreises günstige Auffassung in den gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur Sozialversicherung wurde durch die richterliche Einführung des Begriffes 'Arbeitnehmern Gleichgestellte' noch weitergeführt.

31 Urteil PIERIK, vom 31. Mai 1979, Rs C-182/78, Rdnr. 4.

32 Urteil KITS VAN HEIJNINGEN, vom 3. Mai 1990, Rs C-2/89, Rdnr. 10.

33 Urteil MOUTHAN, vom 15. Dezember 1976, Rs C-39/76, Rdnr. 10.

In der Rechtssache DE CICCICO aus 1968 ging es um einen selbständigen Handwerker, der also nicht unter die Kategorie Arbeitnehmer zu fassen war. Der Gerichtshof hat dazu festgestellt: „Eine solche Gleichstellung liegt stets dann vor, wenn nach dem Recht eines Mitgliedstaates die Vorschriften über ein allgemeines Sozialversicherungssystem auf eine Personengruppe erstreckt werden, die nicht zu den Arbeitnehmern (...) gehört; hierbei kommt es nicht darauf an, welcher Mittel und Wege sich der staatliche Gesetzgeber zu diesem Zweck bedient“³⁴. Diese Gleichsetzung wurde durch das Urteil JANSSEN vom 27. Oktober 1971, Rs C-23/71, bestätigt.

Man musste jedoch noch bis zur Verordnung 1390/81 warten, bis die Koordinierungsregel – durch hilfsweisen Rückgriff auf Artikel 235 (heute 308) – auf Selbständige ausgedehnt wurde.

Interessant ist jedoch, dass in der 6. Erwägung dieser Verordnung festgestellt wird, dass sich die Verordnung 1408/71, auch wenn sie für Arbeitnehmer gilt, auch schon auf bestimmte Kategorien von selbständig Tätigen erstreckte, was als impliziter Bezug auf die Rechtsprechung des Gerichtshofes zu sehen ist und somit als Bezug auf seinen Einfluss auf die Entwicklung des persönlichen Geltungsbereiches der Koordinierungsregeln.

3. Im Rahmen einer auf der einen Seite echten Freizügigkeit des Personenverkehrs (und nicht nur für Arbeitnehmer) in einem Raum ohne innere Grenzen (Art. 14 des Vertrages), in dem diese Freiheit garantiert wird und auf der anderen Seite einer Unionsbürgerschaft, mit der die Staatsangehörigen die im Vertrag (Art. 17 u. 18) vorgesehenen Rechte und Pflichten haben, wäre es schwer möglich, wenn nicht gar unmöglich, dass die Erweiterung des persönlichen Geltungsbereiches der gemeinschaftlichen Rechtsvorschriften zur sozialen Sicherung bei den selbständig Tätigen stehen bliebe.

In der Tat gab es weiterhin drei Kategorien von Personen, die sich nicht auf die Verordnungen berufen konnten: die zu einem Sondersystem gehörenden Beamten; die Studenten als solche (und nicht als studierende Arbeitnehmer oder Familienangehörige von Arbeitnehmern) und die Nichterwerbstätigen, die von Gesetzen zur Sozialversicherung erfasst werden.

Und auch hier sollte der Geltungsbereich erweitert werden. Diese Erweiterung war zum großen Teil wieder durch die Rechtsprechung des Gerichtshofes angeregt.

Hier haben wir zuerst das Urteil VOUGIOUKAS von 1995. Der Gerichtshof hatte anerkannt, dass „der Gemeinschaftsgesetzgeber (...) jedoch noch nicht die erforderlichen Maßnahmen erlassen [hat], um den sachlichen Geltungsbereich der Verordnung Nr. 1408/71 auf die Sondersysteme für Beamte (...) auszudehnen, so dass (...) eine erhebliche Lücke in der gemeinschaftsrechtlichen Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit bestehen bleibt“³⁵.

34 Urteil DE CICCICO, vom 14. Dezember 1968, Rs C-19/68, Abs. 12 der Entscheidungsgründe bezüglich der Fragenhintergrundes.

Somit konnte die Aufrechterhaltung dieser Lücke nicht weiter gerechtfertigt werden, weil der Rat auf diesem Gebiet „keine Koordinierungsmaßnahme erlassen hat und damit seiner Verpflichtung aus Artikel 51 des Vertrages nicht in vollem Umfang nachgekommen ist“³⁵.

Dieses Urteil war in gewisser Weise die „Korrektur“ des außergewöhnlich kurzen Urteils LOHMANN vom 8. März 1979, Rs 129/78, wo der Gerichtshof, vorsichtig gesagt, die Möglichkeiten der teleologischen Methode der Auslegung nicht voll genutzt und sich darauf beschränkt hatte, zu erklären, dass der Ausschluss der Sondersysteme der Beamten von der Koordinierung die logische Konsequenz aus Art. 48 Nr. 4 des Vertrages sei, der Beschäftigte im öffentlichen Dienst von der Anwendung der Bestimmungen zur Freizügigkeit der Arbeitnehmer ausschließt. Hierzu auch der Art. 51.

Aber das Urteil VOUGIOUKAS hat „sicher dazu beigetragen, die Diskussionen im Rat wieder in Gang zu setzen, was letztendlich zur Verabschiedung der Verordnung 1606/98 [vom 22. November 1998] geführt hat“³⁶.

Es war also nicht überraschend, dass in dieser Phase der europäischen Integration die Verordnung 307/99 vom 8. Februar nunmehr die Verordnung 1408/71 auf die Studenten ausdehnte und, dass die große Verordnung Nr. 883/2004 vom 29.4.2004 zu Reform und Vereinfachung schließlich auf die Bürger der Mitgliedstaaten anwendbar ist.

Der Unterschied in der Sichtweise ist, und das sollte man sehen, radikal: während sich die früheren Verordnungen auf die Arbeitnehmer und Selbständigen erstreckten, die gleichzeitig Angehörige der Mitgliedstaaten sind, gilt die neue Verordnung für diese Bürger, egal ob ihre Berufstätigkeit selbständig oder unselbständig ist, also auch für Nichterwerbstätige – das ist auf der Ebene der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherung die Ausstrahlung des Unionsbürgerstatus, der nach Art. 17 des Vertrags die Staatsangehörigkeit eines Mitgliedstaates voraussetzt und ergänzt. Wegen des Gegenstandes der Koordinierungsregelung selbst bleibt nur die schließlich logische Forderung, dass diese Staatsbürger einer Sozialversicherungsgesetzgebung in einem oder mehreren Mitgliedstaaten unterliegen oder unterlagen, was an den Anfang der Rechtsprechung in der Sache UNGER erinnert.

Zu dieser umfassenden Lösung hat das schon zitierte Urteil SALA beigetragen, das den legal in einem anderen Mitgliedstaat wohnenden Unionsbürgern das Recht zuerkennt, keine Diskriminierung wegen der Staatsangehörigkeit im Verhältnis zu den Staatsangehörigen des Aufnahmestaates im sachlichen Geltungsbereich (wie z.B. die Rechte, die durch die Koordinierungsregelung für die Systeme der sozialen Sicherung garantiert sind) hinnehmen zu müssen.

Es ist schade, dass die Verordnung 883/2004 den Vorschlag für eine Rechtsgrundlage³⁷ der Kommission nicht aufrechterhalten hat, das heißt, außer den Artikeln 51 und 235 (heute 42 und 308) auch den Artikel 8a (heute 17) des Vertrags, der unter den mit

35 Urteil VOUGIOUKAS, vom 22. November 1995, Rs 443/93, Rdnr. 31 u. 34.

36 S.V. RAEPENBUSCH, ebenda, S. 42.

37 Amtsblatt C 38 vom 12. Februar 1999, S. 10.

dem Status der Unionsbürgerschaft verbundenen Rechte das Recht auf Freizügigkeit und freie Wohnsitzwahl auf dem Territorium der Mitgliedsländer vorsieht.

4. Eine Abschlussbemerkung zu den *Bürgern von Drittstaaten* im Rahmen der Koordinierungsregeln zur Sozialversicherung. Der angeführte Vorschlag der Kommission aus dem Jahre 1999 (Art. 1) zur Einbeziehung aller Versicherten, schloss auch die von einer Sozialversicherungsgesetzgebung eines Mitgliedstaates erfassten Angehörigen von Drittländern mit ein, wenn sie sich in einen anderen Mitgliedstaat begaben.

Dieser Punkt des Vorschlages wurde fallengelassen und der persönliche Geltungsbe- reich der Verordnung 883/2004 schließt die Angehörigen der Mitgliedstaaten, nicht aber die von Drittländern ein.

Durch die Verordnung 859/2003 sollten die Vorteile der gültigen Koordinierungsre- geln mit einigen Anpassungen auf diese ausgedehnt werden, solange sie in einem Mit- gliedstaat ihren legalen Wohnsitz haben und sie sich in einer Situation befinden, die über die Grenzen eines einzelnen Mitgliedstaates hinausweist.

Auch hier kam die Rechtsprechung des Gerichtshofes zur Wirkung, sogar in redakti- oneller Hinsicht, denn nach den Leitsätzen des Urteils KHALIL aus 2001 können „die Arbeitnehmer, die als Staatenlose oder Flüchtlinge (..) die von der Verordnung Nr. 1408/71 (...) gewährten Rechte nicht geltend machen, wenn sie sich in einer Situation befinden, die mit keinem Element über die Grenzen dieses Mitgliedstaates hinaus- weist“³⁸.

Es muss noch hervorgehoben werden, dass die Rechtsgrundlage der Verordnung zur Erweiterung (859/2003) nicht die alte Rechtsgrundlage der zu erweiternden Verordnung war (1408/71), sondern es war Art. 63 Nr. 4, als Bestandteil des Titels IV von Teil III des Vertrages zu Visa, Asyl, Einwanderung und anderen, die Freizügigkeit im Perso- nenverkehr betreffenden Politiken, der bezüglich dieser Freiheit nur eine eingeschränkte Reichweite hat.

„Also, verschiedene Bestimmungen des Vertrags für die [Rechtsgrundlage der] Er- weiterungsverordnung (Art. 63 Nr. 4), und für die erweiterte Verordnung (hauptsächlich Art. 42), was (...) zukünftig die Ursache von [Auslegungs- und] Anwendungsschwie- rigkeiten sein kann“³⁹.

38 Urteil KHALIL, vom 11. Oktober 2001, Rs C-95/99, Tenor, Punkt 2.

39 SEBASTIÃO PIZARRO "Quelques notes au sujet de l'observatoire de sécurité sociale pour les travailleurs migrants. Le cas particulier du Règlement d'extension du système communautaire de coordination aux ressortissants des pays tiers" (Anmerkungen zur Beobachtungsstelle über die so- ziale Sicherheit der Wanderarbeitnehmer. Der Sonderfall der Verordnung zur Erweiterung des Ge- meinschaftssystems der Koordinierung auf Drittstaatsangehörige), in Actes du Colloque Interna- tional "Libre circulation des travailleurs et coordination des régimes de sécurité sociale" (Dokumen- tation des internationalen Kolloquiums: „Freizügigkeit der Arbeitnehmer und Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit“), Sakkoulas Publications, Athens-Thessaloniki, 2004, S. 259. Übersetzung des Zitats aus dem Französischen.

IV. Der Einfluss der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes nach dem Urteil DECKER hinsichtlich der Gewährung von Gesundheitsdienstleistungen außerhalb des nationalen Territoriums hängt von der Genehmigung des zuständigen Trägers ab – auf der Suche nach einem fairen Gleichgewicht zwischen den Privatinteressen und dem Allgemeininteresse der nationalen Gesundheitssysteme

1. Art. 22 der Verordnung 1408/71 regelt die Umstände, unter denen Leistungsempfänger, die die Bedingungen der anwendbaren Rechtsvorschriften erfüllen, vom zuständigen Träger die Genehmigung erhalten, sich in einen anderen Mitgliedstaat zur angemessenen medizinischen Behandlung zu begeben. Die Genehmigung für die Gewährung dieser „geplanten“ Gesundheitsdienstleistungen darf jedoch nicht willkürlich verweigert werden, „wenn die betreffende Behandlung zu den Leistungen gehört, die in den Rechtsvorschriften des Mitgliedstaats vorgesehen sind, in dessen Gebiet der Betreffende wohnt, und wenn er in Anbetracht seines derzeitigen Gesundheitszustands und des voraussichtlichen Verlaufs der Krankheit diese Behandlung nicht in einem Zeitraum erhalten kann, der ... normalerweise erforderlich ist“ (Art. 22, Absatz 2, Abschnitt 2 der Verordnung).

Diese Genehmigung für eine angemessene medizinische Behandlung (Produkte und Krankenversorgung) in einem anderen als dem zuständigen Staat sollte also nach dem Urteil DECKER Gegenstand der Rechtsprechung des Gerichtshofes werden – nicht mehr allein im Lichte der Auslegung des genannten Artikels 22 im Hinblick auf die Freizügigkeit im Personenverkehr, sondern im Sinne der Vereinbarkeit der nationalen Gesetzgebung, die eine solche Genehmigung fordert, mit den Bestimmungen des EG-Vertrages in Bezug auf den freien Waren- und vor allem Dienstleistungsverkehr.

Mit diesem Urteil begann eine neue, außerordentlich vielfältige Periode, die sich unter anderem mit den Urteilen KOHLL aus dem gleichen Jahr, VANBRAEKEKEL aus 2001, SMITS und PEERBOMS ebenfalls aus 2001, MULLER-FAURÉ und PATRICIA INIZAN, jeweils aus 2003 und WATTS aus 2006 fortsetzte.

Besonders interessant ist, dass es in den ersten beiden Rechtssachen direkt um die Frage der Verweigerung der Rückerstattung für außerhalb des Territoriums erbrachte medizinische Leistungen ging und daraufhin besonders in den Folgeurteilen die wirklich zentrale Frage der Genehmigung analysiert wurde, und zwar durch die Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen Gesundheitssysteme mit den entsprechenden Artikeln des EG-Vertrages.

2. Ohne die Gültigkeit von Artikel 22 in Frage zu stellen erklärte der EuGH, dass „der Umstand, dass eine nationale Maßnahme (die Notwendigkeit der Genehmigung) möglicherweise einer Bestimmung des abgeleiteten Rechts – hier dem Art. 22 der Ver-

ordnung Nr. 1408/71 – entspricht, ... nicht zur Folge [hat], dass sie nicht an den Bestimmungen des EG-Vertrages zu messen wäre“; hingegen regelt dieser Artikel „bei zweckgerichteter Auslegung ... nicht den Fall (und hindert daher keinesfalls daran), dass die Kosten für eine in einem anderen Mitgliedstaat *ohne vorherige Genehmigung* erbrachte Behandlung zu den Sätzen erstattet werden, die im Versicherungsstaat gelten.“⁴⁰

Eine solche durch den zuständigen Träger direkt an den Versicherten nach den Sätzen des Versicherungsstaates gezahlte Rückerstattung hat nichts zu tun mit der durch diesen Träger geleisteten Erstattung an den Träger des Staates, der die Leistung erbracht hat, die auf der Grundlage der in diesem Staat geltenden Sätze nach Maßgabe des anzuwendenden Erstattungssystems gem. Art. 22 berechnet wird.

Bei der Prüfung der Vereinbarkeit der nationalen Gesetzgebung mit dem Gemeinschaftsrecht entschied der EuGH im Urteil KOHLL, dass „eine nationale Regelung, die die Erstattung der Kosten für Zahnbehandlung durch einen Zahnarzt in einem anderen Mitgliedstaat nach den Tarifen des Versicherungsstaats von der Genehmigung des Trägers der sozialen Sicherheit des Versicherten abhängig macht, ... gegen die Artikel 59 und 60 EG-Vertrag [verstößt].“⁴¹ (Gleiche Überlegungen wurden im Urteil DECKER wegen der Rückerstattung der Kosten für eine Brille dargelegt).

Trotz dieser grundsätzlichen Ablehnung des Genehmigungssystems aufgrund seiner Unvereinbarkeit mit dem EG-Vertrag schließt der Gerichtshof gleichzeitig drei zwingende Gründe des Allgemeininteresses nicht aus, die Beschränkungen gegenüber den genannten Vertragsbestimmungen rechtfertigen könnten:

- das Vorliegen einer „erheblichen Gefährdung des *finanziellen Gleichgewichts* des Systems der sozialen Sicherheit“
- die „Aufrechterhaltung einer *ausgewogenen, allen zugänglichen* ärztlichen und klinischen Versorgung“
- die „Erhaltung eines bestimmten Umfangs der medizinischen und pflegerischen Versorgung oder eines bestimmten Niveaus der Heilkunde im Inland, die für die Gesundheit oder *selbst das Überleben [der] Bevölkerung*“⁴² als erforderlich angesehen wird.

Diese zwingenden Gründe dienen auch heute als Orientierung und wurden in der nachfolgenden Rechtsprechung weiterentwickelt, sowohl in Bezug auf ambulante Leistungen wie in den Rechtssachen DECKER und KOHLL (in denen sich der Gerichtshof im Prinzip für die Nichtvereinbarkeit der Genehmigung mit dem Vertrag entschied), als auch in Bezug auf die stationären Leistungen, die hauptsächlich in den späteren Rechtssachen zur Entscheidung anstanden (bei denen sich der Gerichtshof im Prinzip für die Vereinbarkeit mit dem Genehmigungssystem aussprach).

40 Urteil DECKER, ebenda, Rdnr. 27 und 29.

41 Urteil KOHLL vom 22. April 1998, Rs C-158/96, Tenor.

42 Urteil KOHLL, ebenda, Rdnr. 41, 50 und 51.

Interessant ist auch der Tenor des Urteils VANBRAEKEKEL, da es dem Versicherten gemäß Artikel 59 (heute 49) EG-Vertrag das Recht auf *eine ergänzende Erstattung* für die Krankenhausdienstleistungen zugesteht, wenn die Erstattung von Kosten in einem Aufenthaltsmitgliedstaat „niedriger als diejenige ist, die sich aus der Anwendung der im Mitgliedstaat der Versicherungszugehörigkeit geltenden Rechtsvorschriften im Fall einer Krankenhauspflege in diesem Staat ergeben würde...“⁴³.

Der Einfluss dieser Rechtsprechung auf die nationalen Gesundheitssysteme mit dem Ziel, sie mit dem freien Waren- und Dienstleistungsverkehr vereinbar zu machen, kann zur Anpassung der Koordinierungsregelung führen, die von nicht geringerem Einfluss ist.

Nun ist es im Rahmen dieses Vortrags unmöglich, auf alle Aspekte und Auswirkungen einzugehen, und deshalb soll versucht werden, dem Leitfaden der Grundwesenszüge durch die Wiedergabe einiger diesbezüglicher Urteilssprüche und Erwägungen zu folgen, wobei vor allem das Urteil WATTS als Bezugspunkt dienen soll, das die vorhergehende Rechtsprechung konsolidiert und ergänzt.

3. Indem er bekräftigt, dass „die Anwendbarkeit von Artikel 22 der Verordnung Nr. 1408/71 (...) nicht ausschließt, dass der Betroffene parallel dazu gemäß Art. 49 EG einen Anspruch auf Zugang zu Leistungen der Gesundheitspflege in einem anderen Mitgliedstaat unter Bedingungen der Kostenübernahme hat, die sich von denen [des genannten Artikels] unterscheiden“⁴⁴, verleiht der EuGH der Öffnung eines zweiten Weges für den Zugang zu diesen Leistungen außerhalb des nationalen Territoriums Nachdruck, nunmehr direkt gestützt auf den EG-Vertrag, über den in der Verordnung enthaltenen traditionellen Weg hinaus.

In Bezug auf die Rechtsprechung nach den Urteilen DECKER und KOHLL und ausgehend von der Unterscheidung zwischen der Versorgung in einem Krankenhaus und außerhalb eines Krankenhauses lässt sich demnach feststellen, dass die Artikel des Vertrages zu den genannten wirtschaftlichen Freiheiten „sowohl nicht einer Regelung eines Mitgliedstaates entgegenstehen, die die Übernahme der Kosten für die Versorgung in einer Krankenanstalt in einem anderen Mitgliedstaat davon abhängig macht, dass ... eine vorherige Genehmigung erteilt wird“⁴⁵, wie *andererseits* die gleichen Artikel diesen Rechtsvorschriften „entgegenstehen“, wenn sie die Übernahme der Kosten für die Versorgung in einem anderen Mitgliedstaat außerhalb eines Krankenhauses ... davon abhängig machen, dass ... eine vorherige Genehmigung erteilt wird“⁴⁶.

Über die typischen Dienstleistungen in einem Krankenhaus hinaus, die im Verständnis des EuGH „im Vergleich zu den medizinischen Leistungen, die die frei praktizie-

43 Urteil VANBRAEKEKEL vom 12. Juli 2001, Rs C-368/98, Tenor.

44 Urteil WATTS vom 16. Mai 2006, Rs C-372/04, Rdnr. 48.

45 Urteil SMITS und PEERBOOMS vom 12. Juli 2001, Rs C-157/79, Tenor.

Vgl. auch Urteil MULLER-FAURÉ, ebenda, Tenor (erster Teil), Urteil INIZAN, Rs C-56/01 vom 23. Oktober 2003, Tenor und Urteil WATTS, ebenda, Punkt 2 im Tenor.

46 Urteil MULLER-FAURÉ, ebenda, Tenor (zweiter Teil).

renden Ärzte in ihrer Praxis ... erbringen, unbestreitbar Besonderheiten aufweisen“⁴⁷, geht es bei allem darum – sei es im Fall der Nichtvereinbarkeit der nationalen Regelungen mit den Bestimmungen des EG-Vertrages (Leistungen außerhalb des Krankenhauses), sei es im Fall der Vereinbarkeit zwischen diesen Rechtsvorschriften (Leistungen in einer Krankenanstalt) – ein Gleichgewicht zwischen den privaten Interessen der Leistungsempfänger und dem Allgemeininteresse der Gesundheitssysteme zu erreichen.

Hinsichtlich der erstgenannten Leistungen muss das Verbot der Genehmigung unbeschadet der Ausnahmen funktionieren, die gegebenenfalls die Notwendigkeit der Genehmigung rechtfertigen, insbesondere wenn die oben genannten zwingenden Gründe im Allgemeininteresse vorliegen; hinsichtlich der Versorgung in einer Krankenanstalt verhindert die Anerkennung der Genehmigungspflicht in der Regel nicht, dass die Genehmigung gegeben wird, wobei eine eventuelle Ablehnung objektiv begründet sein muss.

„Ein System der vorherigen Genehmigung ist daher jedenfalls nur dann trotz des Eingriffs in eine solche Grundfreiheit gerechtfertigt, wenn es auf objektiven und nicht diskriminierenden Kriterien beruht, die im Voraus bekannt sind...“⁴⁸.

4. Konkret gesagt ist der Gerichtshof der Auffassung, dass „den nationalen Stellen, die ... zuständig sind, nicht das Recht abgesprochen werden [kann], ... ein System von Wartelisten einzuführen, das darauf abzielt, die Erbringung der Behandlungen zu planen und Prioritäten nach Maßgabe der verfügbaren Mittel und Kapazitäten festzulegen“.⁴⁹

Die Genehmigung kann nur dann unter Berufung auf das Bestehen einer Wartezeit versagt werden, wenn unter den Umständen des konkreten Falls nicht der zeitliche Rahmen überschritten wird, „der unter Berücksichtigung einer objektiven medizinischen Beurteilung des klinischen Bedarfs des Betroffenen im Hinblick auf seinen Gesundheitszustand, seine Vorgeschichte, die voraussichtliche Entwicklung seiner Krankheit [und] das Ausmaß seiner Schmerzen ... vertretbar ist“⁵⁰, gleich, ob diese Beurteilung im Moment des Genehmigungsantrags vorgenommen wurde oder später, „falls sich der Gesundheitszustand verschlechtert.“⁵¹

Finanzielle Gründe (höhere Ausgaben für die Krankenhausbehandlung als die Kosten einer gleichartigen Behandlung im Versicherungsstaat) können „kein legitimer Grund für die Versagung der Genehmigung sein“.⁵²

Im Gegensatz dazu ist die Versagung begründet, wenn „die gleiche oder eine für den Patienten ebenso wirksame Behandlung rechtzeitig in dessen Wohnmitgliedstaat erlangt werden kann“.⁵³

47 Urteil SMITS und PEERBOOMS, ebenda, Rdnr. 76.

48 Urteil WATTS, ebenda, Rdnr. 116,67,68,69,73,61,77,106,139,144,145 und 147.

49 S. Fn. 48.

50 S. Fn. 48.

51 S. Fn. 48.

52 S. Fn. 48.

Die Versagung ist auch dann begründet, wenn als Grund für die Erlangung einer Krankenhausbehandlung in einem anderen Mitgliedstaat das Argument vorgebracht wird, sie „ungeachtet von Erwägungen der medizinischen Notwendigkeit ... zu einem früheren Zeitpunkt ... zu erhalten“.⁵⁴

Aber selbst wenn die Beschränkung der Freizügigkeit im Dienstleistungsverkehr tatsächlich mit derartigen zwingenden Gründen gerechtfertigt werden kann, muss sichergestellt werden, dass die Beschränkung „nicht über dasjenige hinausgeht, was zu diesem Zweck objektiv notwendig ist, und dass das gleiche Ergebnis nicht durch weniger einschneidende Regelungen erreicht werden kann“⁵⁵ – nach dem Grundsatz der *Verhältnismäßigkeit*.

Hinsichtlich der zusätzlichen, nicht als Sachleistungen im Sinne von Art. 22 der Verordnung geltenden Ausgaben für Reise- und Unterbringungskosten für den Fall, dass dem Patienten genehmigt wurde, sich zur Krankenhausbehandlung in einen anderen Staat zu begeben, war der Gerichtshof der Auffassung, dass „die Rechtsvorschriften eines Mitgliedstaates gegen Art. 49 EG verstoßen, wenn sie die Übernahme [dieser] Nebenkosten ausschließen, ... während sie die Übernahme dieser Kosten vorsehen, wenn die Behandlung in einer Einrichtung des fraglichen nationalen Dienstes erfolgt“⁵⁶.

Ein letztes wichtiges Problem im Hinblick auf die Verteilung der Zuständigkeiten zwischen dem nationalen Recht und dem Gemeinschaftsrecht wurde dem Gerichtshof vorgelegt und besteht im Grunde genommen in der Frage, ob die sich aus dieser Rechtsprechung gemäß Art. 49 EG-Vertrag und Art. 22 der Verordnung ergebende Forderung so zu verstehen ist, dass sie den Mitgliedstaaten die Verpflichtung auferlegt, „Krankenhausbehandlungen in anderen Mitgliedstaaten ohne Rücksicht auf Haushaltszwänge zu finanzieren, und wenn ja, ob eine solche Verpflichtung mit Art. 152 Absatz 5 EG vereinbar ist“⁵⁷ (diese Bestimmung berührt die den Mitgliedstaaten vorbehaltene Zuständigkeit für die soziale Sicherheit im Hinblick auf die Bereitstellung von Gesundheitsdienstleistungen und ärztlicher Betreuung).

Die Begründung der Antwort ist ein Eckpfeiler und ein Schlüssel für das Verständnis der Rechtsprechung des EuGH auf diesem Gebiet: „die sich [aus diesen Artikeln] ergebenden Anforderungen ... [entspringen] vielmehr dem Bemühen um ein Gleichgewicht zwischen dem Ziel der Freizügigkeit der Patienten einerseits und den nationalen Zwängen der Planung der verfügbaren Krankenhauskapazitäten, der Beherrschung der Gesundheitskosten und des finanziellen Gleichgewichts der Systeme der sozialen Sicherheit andererseits“⁵⁸.

53 S. Fn. 48.

54 S. Fn. 48.

55 S. Fn. 48.

56 S. Fn. 48.

57 S. Fn. 48.

58 S. Fn. 48.

Nach der Darlegung, dass diese Anforderungen nicht gegen Art. 152 Abs. 5 verstoßen, bestätigte der Gerichtshof, dass „diese Bestimmung jedoch nicht ausschließt, dass die Mitgliedstaaten nach anderen Vertragsbestimmungen wie Art. 49 ... verpflichtet sind, *Anpassungen in ihren nationalen Systemen der sozialen Sicherheit* vorzunehmen, ohne dass dies als Eingriff in ihre souveräne Zuständigkeit in dem betreffenden Bereich angesehen werden könnte.“⁵⁹

5. Wie ist mit dieser Rechtsprechung umzugehen? Welche Auswirkungen hat sie? Wie kann die Übereinstimmung der Rechtsvorschriften der Mitgliedstaaten im Gesundheitswesen mit den wesentlichen wirtschaftlichen Freiheiten im EG-Vertrag sichergestellt werden? Eine solche Übereinstimmung muss im Übrigen nicht nur dann eintreten, wenn eine Unvereinbarkeit erklärt wurde, sondern auch, wenn der EuGH die Vereinbarkeit zwischen beiden zwar anerkennt, sie aber Bedingungen und Kriterien unterwirft, die die Ermessensbefugnis der nationalen Behörden berücksichtigen sollen.

Eine Veränderung oder Anpassung dieser Rechtsvorschriften bzw. ihre Koordinierung ist unvermeidbar, unabhängig davon, wie die Gesundheitsdienste organisiert oder gestaltet sind. Sollte das durch eine Richtlinie oder eine Verordnung geschehen? Der erste Weg gäbe den Mitgliedstaaten mehr Handlungsspielraum, da er ihnen die Zuständigkeit für die Form und die Mittel überlässt, aber er könnte keine vollständige Garantie für das grundlegende Ziel geben, eine „einheitliche Umsetzung in nationales Recht“ zu sichern, die nur durch eine ebenfalls einheitliche „Auslegung“ der Rechtsprechung gewahrt wäre.

Daher scheint es ratsam zu sein, sich für eine Verordnung zu entscheiden, nicht nur, weil sie in all ihren Elementen verbindlich und direkt anwendbar wäre und in gewisser Weise die genannte Unabwägbarkeit abmildern würde, sondern auch, weil sie es gestattet, die lange und reiche Erfahrung der funktionierenden Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit zu nutzen, zu denen die Gesundheitsdienstleistungen gehören. Es ist richtig, dass dieses System die Freizügigkeit im Personenverkehr zur Hauptgrundlage hatte, aber die Lehren aus seiner praktischen Anwendung sind übertragbar auf die anderen Freiheiten.

Der Punkt ist, dass die „Koordinierung der Rechtsprechung“ alle – und zwar alle – fraglichen Interessen berücksichtigen muss, was der EuGH einmal mehr im Urteil WATTS unterstrichen hat.

Zur Veranschaulichung eines dieser Interessen, nämlich die ständige Erhaltung der Behandlungskapazität bzw. der medizinischen Kompetenz auf nationalem Territorium, das als wesentlich für die öffentliche Gesundheit und das Überleben der Bevölkerung anzusehen ist, sei eine extrem hypothetische Abfolge aufgestellt:

- a) massenhafte Nachfrage der Leistungsempfänger von Mitgliedstaat A nach Gesundheitsleistungen einer hoch spezialisierten Einrichtung in Mitgliedstaat B;

59 S. Fn. 48.

- b) Aufgabe der Tätigkeit in einer ähnlichen Einrichtung in Mitgliedstaat A, weil sie nicht mehr genutzt wird und weil deswegen Fixkosten für Personal und Ausrüstungen eingespart werden müssen;
- c) Ausbruch einer breiten Epidemie mit Breitenwirkung in den Staaten A und B;
- d) in der Folge völlige Auslastung der spezialisierten Einrichtung hauptsächlich durch die Versorgung der Einwohner von Staat B (selbst wenn ein gleicher Zugang zu den Gesundheitsleistungen gewährt worden ist) und
- e) demzufolge unzureichende Versorgung der Bürger von Staat A

Zusammengefasst: Die Gewährung von Gesundheitsleistungen in einem anderen als dem eigenen Land darf nicht als absolute Folge dreier grundlegender Freiheiten (Freizügigkeit im Personen-, Waren- und Dienstleistungsverkehr) verstanden werden, noch viel weniger, wenn dieses Verständnis im Sinne eines uneingeschränkten Rechts der Versicherten auf freie Auswahl des Gesundheitssystems eines Mitgliedstaates zu begreifen wäre.

Auch hierbei erklärte der Gerichtshof mit außerordentlicher Klarheit, dass nach einem Gleichgewicht zwischen der Durchsetzung der Privatinteressen, die die Patienten begreiflicherweise vom diesbezüglichen Freizügigkeitsrecht erwarten, und den Erfordernissen des Allgemeininteresses der nationalen Gesundheitssysteme gesucht werden muss, also letztendlich ein Ausgleich zu schaffen ist zwischen den mit den Prinzipien und der Wirtschaftlichkeit dieser Systeme verbundenen Interessen einerseits und den sich aus den Freizügigkeitsrechten der Gemeinschaft ergebenden Anforderungen auf der anderen Seite.

V. Die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes und die künftige Anwendung der Verordnung Nr. 883/2004

1. Es sei eine zweite persönliche Anmerkung gestattet: Ich hatte das Glück, als Vertreter Portugals einen Beitrag zur fachlichen Ausarbeitung der Verordnung Nr. 883/2004 leisten zu dürfen, für die von 1999 bis 2004 verhandelt wurde, und in meiner Erinnerung waren die schwierigsten Verhandlungsphasen die besten, als die Suche nach Lösungen auf dem Spiel stand, die ein „faires Gleichgewicht“ erforderten und als Wege zum Kompromiss und Konsens dringend erforderlich waren.

Abgesehen davon, dass man zweifellos hätte weiter gehen können – ein solches Bestreben ist immer möglich – hat die neue Koordinierungsregelung das Verdienst, durchweg vereinfacht zu sein und außerdem unleugbare Verbesserungen und echte Reformen festzuschreiben, die das Bemühen um den Schutz der europäischen Bürger zum Ausdruck bringen, die einen Ortswechsel innerhalb der Gemeinschaft vollziehen oder vollzogen haben.

Dazu ist es ausreichend, die Erweiterung des persönlichen und sachlichen Anwendungsbereiches der Verordnung und die unterschiedslose Ausweitung des allgemeinen Systems der Familienleistungen auf Arbeitnehmer, Rentner und Personen, die Waisenkinder in ihrer Obhut haben, zu nennen.

In diesem Zusammenhang sei daran erinnert, dass die neue Verordnung schon in Kraft ist, aber ihre *Anwendung* hängt vom Inkrafttreten der noch im Prozess der Ausarbeitung befindlichen Durchführungsverordnung ab.

Da sie aus Sicht der Bereicherung der teleologischen Auslegungsmethode interessant erscheinen, sollen hier beispielhaft einige innovative Lösungen genannt werden, sowohl in Bezug auf die drei Anwendungsgebiete als auch auf die drei Grundprinzipien der Koordinierungsregelung. An erster Stelle ist die Bedeutung der 45 Erwägungen dieser Verordnung hervorzuheben, wobei auch die Auslegung ihrer Regeln Berücksichtigung finden muss.

Danach werden aus einer sozusagen umgedrehten Perspektive hinsichtlich der künftigen Rechtsprechung zwei Bestimmungen ausgewählt, die Zweifel bei der Auslegung im Hinblick auf die praktische Anwendung hervorrufen könnten und bei denen ein Eingreifen des Gerichtshofs auf der Grundlage von Art. 234 EG-Vertrag nicht ausgeschlossen wäre, damit es zu einer einheitlichen Auslegung kommt.

2. Acht Erwägungen in der Verordnung Nr. 883/2004⁶⁰ haben einen direkten Bezug zum EuGH (indirekt sind es jedoch mehr, wenn man bedenkt, dass die Textfassung anderer Erwägungen seine Rechtsprechung aufnimmt).

Unter diesen acht sind zu erwähnen die Erwägung Nr. 31, derzufolge es „nach Auffassung des Gerichtshofs Sache des nationalen Gesetzgebers ist, derartige Rechtsvorschriften (gegen das Zusammentreffen von Rechtsansprüchen) zu erlassen, wobei der Gemeinschaftsgesetzgeber die Grenzen festlegt, in denen die nationalen Kürzungs-, Ruhens- und Entziehungsvorschriften anzuwenden sind“, und die Nr. 37, wo bekräftigt wird, dass „der Gerichtshof wiederholt festgestellt hat, dass Vorschriften, mit denen vom Grundsatz der Exportierbarkeit der Leistungen der sozialen Sicherheit abgewichen wird, eng ausgelegt werden müssen. Dies bedeutet, dass sie nur auf Leistungen angewendet werden können, die den genau festgelegten Bedingungen entsprechen...“.

Daher ist davon auszugehen, dass die vom Gerichtshof verwendete teleologische Auslegungsmethode in den Erwägungen der Verordnung Nr. 883/2004 eine zusätzliche Argumentationsgrundlage findet, insbesondere im Hinblick auf die Auslegung einiger ihrer innovativen Bestimmungen.

Beim *Anwendungsbereich* sind folgende Neuerungen hervorzuheben:

- die Anwendung der neuen Verordnung auf die Bürger der Mitgliedstaaten geht über den Personenkreis der Arbeitnehmer (zu denen die Beamten gehören) und

60 Das sind die Erwägungen 3, 9, 21, 24, 30, 31, 34 und 37.

Studenten hinaus und umfasst nunmehr nicht erwerbstätige Personen (Art. 1), was wie gesagt dem Status als Unionsbürger entspricht;

durch die Verordnung 859/2003 wurde die Koordinierungsregelung der Verordnung Nr. 1408/71 auch auf die Bürger von Drittländern ausgeweitet;

- auch wenn keine so genannte Beispielliste der Sozialversicherungsgebiete aufgenommen worden ist, die im Prinzip den sachlichen Geltungsbereich mit allen Rechtsvorschriften zur sozialen Sicherheit in Übereinstimmung gebracht hätte, was eher im Einklang mit Art. 42 EG-Vertrag wäre, war es möglich, diesen Geltungsbereich auf die Vorruhestandsleistungen auszudehnen (Art. 66, der in Verbindung mit den Allgemeinen Bestimmungen und der Erwägung Nr. 33 gesehen werden muss);
- gewissermaßen im Zusammenhang mit dem territorialen Rahmen ist die Gleichbehandlung⁶¹ nicht mehr vom Wohnaufenthalt der Bürger auf dem Gebiet eines Mitgliedstaates abhängig (Art. 4).

Bei den *Grundprinzipien* gibt es die folgenden Neuerungen:

- das Gleichbehandlungsprinzip⁶² verbietet nunmehr durch eine allgemeine, nicht mehr fallbezogene Bestimmung⁶³ die indirekte Diskriminierung durch die Ungleichstellung von Leistungen, Einkünften und Sachverhalten auf dem Gebiet der Mitgliedstaaten und sichert auf diesem Wege die Gleichwertigkeit der Rechtswirkungen im Sinne der Gesetzgebung des zuständigen Staates in Bezug auf Ereignisse, die in einem anderen Mitgliedstaat eingetreten sind (Art. 5);
- das Prinzip der Ausschließlichkeit der anzuwendenden Gesetzgebung wurde nun in Einklang gebracht mit dem Begriff als solchem, d.h. dass eine Person, auf die die Verordnung Anwendung findet, den Rechtsvorschriften nur eines Mitgliedstaates unterliegt und nicht mehr der Gesetzgebung von mehr als einem Mitgliedstaat unterworfen ist (Art. 11);
- das Prinzip der Wahrung der Rechte im Hinblick auf erworbene Ansprüche bekommt mehr Gewicht durch die Zusammenrechnung der Zeiten, nicht nur durch die Erweiterung ihrer Anrechenbarkeit, sondern auch durch die Berücksichtigung in einer allgemeinen Bestimmung (Art. 6); gleichfalls ist nun das Grundprinzip der Wahrung erworbener Ansprüche im Einklang mit Art. 42 EG-Vertrag in dem

61 Anzumerken ist die Angleichung zwischen Art. 4 zur Gleichbehandlung und Art. 17 EG-Vertrag zur Unionsbürgerschaft im Hinblick auf die Reihenfolge, in der die Rechte und Pflichten aufgeführt sind (in früheren Verordnungen war die Reihenfolge umgekehrt – Pflichten und Rechte).

62 In der portugiesischen Fassung von Art. 5 der Verordnung Nr. 883/2004 wurde für den Begriff „*assimilação*“ – Gleichstellung (der Sachverhalte) auch, was bedeutsam ist, der Ausdruck „*igualdade de tratamento*“ – Gleichbehandlung (der Sachverhalte) verwendet.

63 Diese Bestimmung ist ein bezeichnendes Beispiel für die Bedeutung der Erwägungen bei der Auslegung der neuen Verordnung. Nicht weniger als vier Erwägungsgründe (9 bis 12) sind dem Gleichstellungsgrundsatz gewidmet, der „explizit aufgenommen und ausgeformt werden sollte, wobei *Inhalt und Geist der Gerichtsentscheidungen zu beachten sind*“, der aber von vielleicht übertriebenen Vorbehalten umgeben ist, die verhindern sollen, daß seine Anwendung „nicht zu sachlich nicht zu rechtfertigenden Ergebnissen führt“ (Erwägungen 9 und 12)“.

Maße, dass die Aufhebung der Wohnortsklauseln ebenso als allgemeine Bestimmung auf alle Geldleistungen im Sinne der Rechtsvorschriften eines oder mehrerer Mitgliedstaaten bzw. der Verordnung und nicht mehr nur auf die zurückgestellten Leistungen anzuwenden ist (Art. 7).

3. Die beiden für umstrittene Auslegungen anfälligen Bestimmungen⁶⁴ beziehen sich zum einen auf die Geldleistungen bei Arbeitslosigkeit und zum anderen auf die unterschiedliche Ergänzung der Familienleistungen. Konkret gesagt:

- die Möglichkeit der Verlängerung des aktuellen Zeitraums für die Gewährung von Leistungsansprüchen beim Aufenthalt Arbeitsloser außerhalb ihres Staates um höchstens 3 Monate (Art. 64 letzter Absatz); und
- die nicht notwendige Gewährung eines Unterschiedsbetrags bei den Familienleistungen bei der Zusammenrechnung von Ansprüchen, wenn der entsprechende Leistungsanspruch ausschließlich durch das Kriterium Wohnort ausgelöst wird (Art. 68, Abs. 2, letzter Satz).

Die erste Bestimmung bezieht sich auf die vom Gemeinschaftsgesetzgeber gestärkte Möglichkeit der Zahlung von Geldleistungen an Arbeitslose, die sich außerhalb ihres Landes aufhalten, indem eine Verlängerung um einen Zeitraum von höchstens drei Monaten zugelassen wird. Zwar handelt es sich um eine Verbesserung, aber wenn keine Kriterien für eine Verlängerung vorliegen, besteht das Risiko, dass dem zuständigen Träger ein gewisser willkürlicher Spielraum bleibt, was Zweifel hervorrufen kann, insbesondere wenn die Ausübung der Freizügigkeit im Personenverkehr und das Gleichbehandlungsprinzip herangezogen werden.

Die zweite Bestimmung, die ebenfalls im Kontext der Verbesserung der Koordinierungsregelung zu sehen ist – die Einbeziehung nicht erwerbstätiger Personen – ändert die Regeln für die Gewährung des Unterschiedsbetrags bei Familienleistungen und unterscheidet, ob der Anspruch darauf in Abhängigkeit vom Wohnort oder infolge einer Erwerbstätigkeit erworben oder durch den Bezug einer Rente ausgelöst wurde. Im ersten Fall *kann* der Betrag möglicherweise nicht zugebilligt werden, in den anderen beiden Fällen *muss* er gewährt werden.

Auch hierbei wird die Frage wichtig sein, ob ein solcher Unterschied durch objektive Gründe gerechtfertigt und angemessen ist, wobei dafür eine Entscheidung des Gerichtshofs notwendig sein kann.

Es kann durchaus sein, dass die Rechtsauslegung dieser Bestimmungen keine neuen qualitativen Probleme hervorruft. Die Rechtsprechung des Gerichtshofs ist ja grundsätzlich nicht unbedingt durch die Änderung der Koordinierungsregelung berührt, denn wie zu sehen war haben sich viele der auf der teleologischen Methode beruhenden Ur-

64 Es steht eindeutig nicht die Rechtschaffenheit der vorgesehenen Lösungen in Frage, denn sie sind wie im Text dargestellt wichtige Entwicklungen der Koordinierungsregelung. Es handelt sich allerdings um mögliche Auslegungsprobleme, die sich bei der konkreten Anwendung ergeben könnten.

teile aus der Auslegung der heute noch gültigen und aktuellen Verordnung Nr. 3/1958 ergeben.

Das ist so, weil die fortdauernde Umsetzung der im EG-Vertrag verankerten Freiheiten, insbesondere der in Art. 42 als Ziel formulierten Freizügigkeit im Personenverkehr die Auslegung nicht nur dieser Bestimmung, sondern der für ihre Anwendung angenommenen Verordnungen bedingt.

Art. 42 ist mit Ausnahme des Entscheidungsverfahrens, das nunmehr eine gemeinsame Entscheidung von Europäischem Parlament und Rat vorsieht, ohne substantielle Änderungen in seiner ursprünglichen Fassung erhalten geblieben.⁶⁵

Damit soll gesagt werden, dass die Entscheidungen eventueller Vorabentscheidungsverfahren aller Wahrscheinlichkeit nach nicht überraschend sein werden.

4. Ohne in die „alte Diskussion“ über die Wirksamkeit der Entscheidungen eintreten zu wollen (die auf den strittigen Fall als Präzedenzfall oder rechtskräftiges Urteil begrenzt ist) kann man sagen, dass die Rechtsprechung des EuGH auf dem Gebiet der Koordinierung der Systeme der sozialen Sicherheit die Autorität und den Mehrwert besitzt, sich begründet (vielleicht begründeter als auf anderen Gebieten) einer interpretierten Vorschrift anzuschließen, die dann eigenständig so angeführt wird, wie sie vom Gerichtshof ausgelegt wird.

Diese Rechtsprechung wird von den nationalen Gerichten und, wie könnte es anders sein, auch von den Regierungen befolgt, sowohl von den Regierungen als solchen wie auch in der Form der EU-Institution (Ministerrat). Das geht soweit, dass sie oft berücksichtigt wird, wenn eine Aktualisierung oder Reform der Verordnungen ansteht – in einer Art dialektischer Interaktion, in dem Vorschriften angesichts entstandener Zweifel bei ihrer Anwendung ausgelegt und recht häufig dann auch „aktualisiert“ werden, indem der Tenor der Rechtsprechung aufgegriffen wird.

Und was ist im Hinblick auf den Gerichtshof zu Kraft und Wirkung dieser Rechtsprechung zu sagen? „Regierung der Richter“ oder ganz einfach „Wächter über das Recht in der Auslegung und Anwendung“ des EG-Vertrages? Die Antwort auf diese Frage birgt in sich selbst schon eine ungerechte Kritik und enthält zwei Elemente, eines von allgemeiner Bedeutung und ein zweites von spezifischem Belang.

65 Er bleibt auch im Wesentlichen im Vertrag erhalten, der eine Verfassung für Europa begründet (Art. III-136), erneut mit Ausnahme des Entscheidungsverfahrens, wofür nunmehr eine qualifizierte Mehrheit vorgeschlagen wird und das Eingreifen des Europäischen Rates erforderlich sein kann. In diesem Zusammenhang ist, neben dem Art. III-136, dem heutigen Art. 42, auch Art. III-125, Absatz 2 zu nennen, in dem im Gegensatz zum geltenden Vertrag die Möglichkeit eingeräumt wird, dass der Rat einstimmig Maßnahmen, die die soziale Sicherheit oder den sozialen Schutz betreffen, beschließen kann. Das *Ziel* dieser Bestimmung, einerseits "die Ausübung des Rechts aller Unionsbürger, sich frei zu bewegen und aufzuhalten, zu erleichtern" und andererseits die systematische Anerkennung ihres Anspruchs auf die als Titel formulierte "*Nichtdiskriminierung und Bürgerschaft*" kann hier als zusätzliche Bekräftigung von Art. III-136 gelten. Diesem Ziel und dieser Anerkennung wird der Gerichtshof stets seine besondere Aufmerksamkeit schenken, wenn ein neuer Vertrag in Kraft tritt.

Das erste hängt mit der Mission zusammen, die Einheitlichkeit und Kohärenz der Auslegung bei der Anwendung des Gemeinschaftsrechts durch alle Mitgliedstaaten zu garantieren, weil das eine wesentliche Bedingung und Teil der Idee und Funktionsweise der Gemeinschaft ist.

Das zweite Element ergänzt das erste auf einem Gebiet mit 27 einzelstaatlichen Systemen, wo Nichtdiskriminierung und Solidarität als Prüfstein dienen müssen. Es hat zu sichern, dass den Menschen, die die im EG-Vertrag verankerten Grundfreiheiten nutzen, nicht ihre Rechte der sozialen Sicherheit beschnitten werden oder sie sie sogar verlieren, nur weil eine Vorschrift von den mitgliedstaatlichen Institutionen unterschiedlich ausgelegt werden kann.

Das erklärt, dass sowohl die „alte Kritik“ am Eindringen in die Zuständigkeiten der eigentlichen Rechtsprechungsorgane als auch die alte Diskussion über die Verbindlichkeit ihrer Entscheidungen nichts anderes als die Folge der dem Gerichtshof eigenen, ihm übertragenen Funktionen ist, insbesondere wenn sie im gemeinsamen europäischen Rahmen von Art. 234 ausgeübt werden. Und hier sei am Ende wieder der Anfang aufgegriffen – es wäre tatsächlich absurd, wenn es diesen Artikel nicht gäbe.

Diskussionsbericht zu Teil III

Diskussionsleitung: *Matthias von WULFFEN*

Nach dem Koreferat von *Pizzarro* entbrannte eine lebhafte Diskussion über die Rechtsprechung des EuGH zum Eltern- und Erziehungsgeld. Diese sei eines der Musterbeispiele dafür, dass der EuGH in seiner Zielsetzung, die Wanderarbeitnehmer zu schützen, über das Ziel hinausgeschossen sei und daher nun zurückrudere. Dies zeige sich bei Gegenüberstellung der Rechtssachen *Höver/Zachow* und *Dodl/Oberhollenzer*. Zunächst einmal liege der EuGH falsch, wenn er in der Entscheidung *Höver/Zachow* feststelle, dass die Elterngeldberechtigung eine abgeleitete Sicherung im Sinne von Art. 73 VO 1408/71 sei, was bedeuten würde, dass die Ehefrau von der Beschäftigung ihres Mannes in Deutschland profitiere und ihr daher einen Anspruch auf das Erziehungsgeld zustehe, auch wenn sie nicht in Deutschland wohne. Denn das Erziehungs- oder Elterngeld sei ein Substitut für die verlorene Entlohnung bei Beschäftigung des Elternteils bzw. eine Honorierung für die Erfüllung von Erziehungsarbeit und daher keine abgeleitete, sondern eine selbständige Sicherung, die an den Beschäftigungsort als Einkommensersatzleistung oder an den Wohnsitz anzuknüpfen wäre. Hätte dies der EuGH in seiner Entscheidung *Höver/Zachow* ebenso gesehen, hätte er sich in der Rechtssache *Dodl/Oberhollenzer* nicht in eine Rückzugsposition begeben müssen, indem er feststellte, dass das Recht des Nichtwohnstaates eines Elternteils nur subsidiär zur Anwendung komme. Daraufhin entgegnete *Kokott*, dass bei genauer Beachtung des komplizierten und diffizilen Sekundärrechts, das für den Bereich der Sozialleistungen wie dem Erziehungsgeld in den Verordnungen 1408/71 und 1612/68 geregelt sei, für ein Zurückrudern oder Vorpreschen des EuGH keinerlei Spielraum bestehe. Denn es komme auf eine sorgfältige Analyse der komplexen und in Nuancen dann doch unterschiedlichen Fälle an, die oft zu dem Ergebnis führe, dass die Urteile des EuGH im Ergebnis doch von einer gewissen Konsistenz zeugten und sich der Gerichtshof deshalb nicht in dem moitierten Zick-Zack-Kurs bewege. Das Problem liege vielmehr in der Komplexität der zur Entscheidung vorgelegten Sachverhalte. Dem wird allerdings aus den Reihen des Publikums entgegnet, dass man sich immer die Frage stellen müsse, wie in der Sache *Höver/Zachow* zu entscheiden gewesen wäre, wenn das Gemeinschaftsrecht bereits Elterngeld in den Niederlanden gekannt hätte. Dann wäre, weil die Mutter in den Niederlanden lebte, auch die niederländische Leistung gezahlt worden. Dies sei das Ergebnis, das jetzt auch durch die Interpretation des Internationalen Elterngeldrechts durch die Rechtsprechung in der Sache *Dodl/Oberhollenzer* erreicht worden sei. Zusammenfassend formuliert gehe es darum, dass die Koordination ein hohes Maß an Harmonisierung der Institutionen voraussetze. Sozialleistungssysteme könnten nur dann koordiniert werden, wenn sie in ähnlicher Form in allen Mitgliedstaaten vorhanden bestehen würden. Dieser

Bemerkung begegnete *Skouris* mit der Einschätzung, dass es in diesem Zusammenhang nicht um die Koordinierung der Sozialleistungssysteme gehe, die ohnehin keine Aufgabe der Rechtsprechung sei. Denn wären die Sozialleistungen in allen Mitgliedstaaten gleich, würde niemand eine Sozialleistung von einem anderen Mitgliedstaat verlangen. Ferner müsse man sich, bevor man die Rechtsprechung des EuGH kritisierte, erst einmal klar machen, was die vorlegenden nationalen Gerichte oft von den vorgelegten Regelungen hielten. Eine genaue Lektüre einschlägiger Entscheidungen des BSG sei daher anzuraten. Denn diese Sichtweise der nationalen Rechtsprechung auf die streitige Norm sei mit zu berücksichtigen. Zudem sei zu beachten, dass dem Gerichtshof stets nur Grenzfälle mit ganz besonderen Voraussetzungen vorgelegt würden. Entscheidungen dieser Fälle seien für den Einzelfall gedacht und postulierten keine allgemeinen Grundsätze für die gesamte Europäische Union. Dazu ergänzte ein Vertreter des österreichischen Sozialministeriums, dass er die heftige Kritik an der Rechtsprechung des EuGH im Bereich der Sozialleistungen nicht teilen könne, da der EuGH nur auf der koordinationsrechtlichen Grundlage dessen, was ihm als Instrumentarium zur Verfügung stehe, entscheiden könne und vielmehr die Mitgliedstaaten dazu aufgefordert seien, auf europäischer Ebene verbesserte Koordinationsregelungen, die die Unterschiede der einzelnen Sozialleistungen in den Blick nehmen würden, zu beschließen.

Im Anschluss stand das Thema Gleichbehandlung und Antidiskriminierung im Mittelpunkt des Diskurses. So sei besonders die neue VO 883/04 für die Rechtsprechung beim Vorgehen gegen Diskriminierungen aller Art hilfreich, da in ihr das Prinzip der Gleichbehandlung besonders gut und wesentlich deutlicher als in der Vorgängerverordnung 1408/71 verankert sei. Alleine acht der 45 in ihrer Gesamtheit für Urteilsbegründungen wichtigen Erwägungen der VO seien explizit an den EuGH gerichtet.

Des Weiteren wurden in der Diskussion die Anwendbarkeit und der funktionale Unternehmensbegriff des Europäischen Wettbewerbsrechts angesprochen. So müsse es der nationale Gesetzgeber sein, der dem Wettbewerb durch entsprechende Ausgestaltung der Sozialleistungssysteme gemäß des funktionalen Unternehmensbegriffes Raum gebe. Wenn jedoch aus Gründen der Finanzierbarkeit des Systems im Krankenversicherungsrecht administrierte Preise gälten, dann sei damit die Grundentscheidung des nationalen Gesetzgebers verbunden, keinen Wettbewerb in der Krankenversicherung zuzulassen und daher kein Raum für die Anwendung Europäischen Wettbewerbsrechts, was auch der Gerichtshof zu akzeptieren hätte. *Von Danwitz* stimmte dieser Argumentation im Grundsatz zu, da sie auch in der etablierten Rechtsprechung des Gerichtshofes zu finden sei. Fraglich sei allerdings die Beurteilung der Anwendbarkeit von Wettbewerbsrecht bei Vermischung von Systemelementen. Wenn man einzig und allein auf die administrativen Preise abstellte, dann greife man eines von mehreren Kriterien heraus und definiere dieses dann als den entscheidenden Maßstab für die Entscheidung nach der Anwendbarkeit des Wettbewerbsrechts. Die bisherige Rechtsprechung des Gerichtshofes sei jedoch nicht so zu verstehen, dass ein ganz bestimmtes Kriterium den Ausschlag gebe. Vielmehr sei eine Gesamtbetrachtung angebracht. Denn je nachdem in welcher

Weise sich der Wettbewerb entfalte und über welche Marktmechanismen das erfolge, müsse die staatliche Preisfestsetzung nicht die systementscheidende Stellschraube sein. Im Folgenden wurde die Ansicht vertreten, aus der Perspektive des nationalen Sozialleistungssystems nicht immer nur eine Art Abwehrschlacht gegen die Anwendung des Europäischen Wettbewerbsrechts zu führen, sondern sich auch die Vorteile, die ein offener Wettbewerb böte, bewusst zu machen. Gerade im Bereich der Krankenversicherung bestünden da große Chancen, wie etwa deutlich kostengünstigere Leistungen, auch wenn man sich verstärkt mit ausländischer Konkurrenz auseinandersetzen hätte. Daraufhin gab *Becker* zu bedenken, dass es in erster Linie der nationale Gesetzgeber sei, der den Ordnungsrahmen für die Krankenversicherung festzulegen hat. Er könne durch die Einführung von Wettbewerbselementen ein Einfallstor für die Anwendung von Wettbewerbsrecht schaffen. In Deutschlands allerdings habe der Gesetzgeber trotz des Kassenwettbewerbs im SGB V das Wettbewerbsrecht ausschließen wollen. Das sei vom EuGH nicht korrigiert worden, obwohl auch in Sozialleistungssystemen zwischen dem Angebotsverhältnis einerseits und dem Nachfrageverhältnis andererseits zu unterscheiden sei. Vielmehr scheine der EuGH davon auszugehen, dass das Nachfrageverhältnis in seiner rechtlichen Qualifizierung dem Angebotsverhältnis folgt. Es sei aber ein gewisses Problem, wenn das Wettbewerbsrecht auf das Nachfrageverhältnis nicht angewendet werde, weil dann die erforderlichen rechtlichen Maßstäbe fehlten. Insofern hätte man mit dem Art. 86 Abs. 2 EGV sehr viel besser leben können. Vielleicht bedürfe es aber auch eines speziellen rechtlichen Rahmens, der die Besonderheiten sozialer Einrichtungen in den Blick nehme. Im Übrigen müsse man sich natürlich immer fragen, ob überhaupt ein Leistungssystem als soziales ausgestaltet sei und damit im Sinne der Rechtsprechung das Wettbewerbsrecht außen vor bleibe. Im deutschen Gesundheitswesen könne die zunehmende Vermischung zwischen Privatversicherung und gesetzlicher Krankenversicherung dazu führen, dass man, auf der Grundlage des Ansatzes mit mehreren Kriterien, der der Rechtsprechung des EuGH zugrunde liege, zumindest für bestimmte Handlungen der Krankassen zu dem Ergebnis kommen müsse, dass diese keine soziale Tätigkeit mehr darstellten. Dann sei das Wettbewerbsrecht unabhängig von der Unterscheidung zwischen Angebots- und Nachfrageseite anwendbar.

Markus SCHÖN

Podiumsdiskussion: Wechselwirkung zwischen nationalem und internationalem Arbeits- und Sozialrecht und dem Recht der Europäischen Gemeinschaft

Moderation: *Karl-Dieter MÖLLER*

Möller: Herr Minister Müntefering, welche Auswirkungen sehen Sie nach den Beschlüssen des Gipfels von Brüssel (Juni 2007) auf die europäische Arbeits- und Sozialpolitik?

Müntefering: Ich habe die Hoffnung, dass wir einen vernünftigen Grundlagen- oder Reformvertrag bekommen, in dem der ganze Teil Sozialpolitik entsprechend den ursprünglichen Regelungen des nicht in Kraft getretenen Verfassungsvertrags aufgenommen wird. Das bedeutet, dass es mit der Sozialklausel künftig für dieses Feld eine größere Aufmerksamkeit gibt, dass aber auch weiterhin bestimmte Bereiche wie der Kündigungsschutz ausgenommen bleiben, wo die nationalstaatliche Regelung die einzig mögliche ist. Ich glaube, dass wir insgesamt mit diesem Reformvertrag eine Stärkung der sozialen Dimension in Europa bekommen können.

Möller: In diesem Zusammenhang zwei Fragen an Sie, Herr Skouris. Es soll ja in dem neuen Vertrag festgelegt werden, dass es ab 2014 statt 27 Kommissaren nur noch 14 geben soll. Können Sie sich das auch für den Gerichtshof vorstellen? Stimmt es Sie ferner nachdenklich, dass England ausgesichert ist und zwar mit dem Argument, dass man sich sein Arbeitsrecht nicht kaputt machen lassen will?

Skouris: Was den britischen Vorbehalt im Hinblick auf die Grundrechtecharta anbelangt, so würde ich es begrüßen, wenn die Grundrechtecharta in der gesamten EU verbindlich wird. Zwar habe ich meinem heutigen Vortrag bereits ganz kurz erwähnt, dass sich dadurch eigentlich nichts Wesentliches an unserer Arbeit am Gerichtshof ändern würde. Dennoch wäre es eine Hilfe, einen modernen Grundrechtskatalog verbindlich in Kraft zu wissen. Zu dem britischen Vorbehalt im Konkreten möchte ich lediglich bemerken, dass es das Ergebnis unserer Rechtsprechung zu Gemeinschaftsgrundrechten – auch im Hinblick auf die *Solange-Rechtsprechung* des Bundesverfassungsgerichts – ist, dass diese Grundrechte zunächst die Institutionen der Gemeinschaft binden, wenn sie ihre Kompetenzen ausüben, aber auch die Mitgliedstaaten, weil von diesen der größte Teil des Gemeinschaftsrechts angewendet wird. Das ist seit jeher die Position unsere Rechtsprechung und jetzt werden wir sehen, wie wir auf diese neue Entwicklung reagieren, sobald wir darüber zu entscheiden haben.

Möller: Frau Koskelo, heute Vormittag hat Herr Skouris den meisten Beifall erhalten, als er sagte, dass 50 Jahre Rechtsprechung des EuGH gezeigt hätten, dass es auch ohne Charta gehe. Wie sehen Sie das als Präsidentin des Obersten Finnischen Gerichts?

Koskelo: Wenn wir uns die Entwicklung der Europäischen Union anschauen, dann ist es eine Selbstverständlichkeit, dass die Gemeinschaft, die anfang als eine Europäische Wirtschaftsgemeinschaft und sich dann in anderen Bereichen immer weiter entwickelt hat, auch die Anforderungen der Grundrechte gewährleisten muss, denn sonst hätten wir Verfassungskrisen in Mitgliedstaaten, die gezwungen wären, europäisches Recht anzuwenden, das im Gegensatz stünde zu den Grundrechten ihrer jeweils eigenen Verfassung und der Menschenrechtskonvention. Deswegen ist es eine unabdingbare Selbstverständlichkeit, dass die Grundrechte Teil der Rechtsprechung des EuGH geworden sind. Wir haben jetzt einen Punkt erreicht, wo diese Grundrechte in einem Rechtsinstrument der Union kodifiziert wurden, was eine ganz natürliche Entwicklung im Rechtssystem darstellt. Daher bin ich etwas besorgt, über diesen britischen Vorbehalt. Denn man kann sich zwar vorstellen, dass ein Mitgliedstaat von einem bestimmten Themenbereich der Union, den man gut abgrenzen kann, ausgenommen ist, aber bei Grundrechten geht es um Querschnittsaufgaben, um eine große Bandbreite und nicht um einen eng definierten Bereich. Ich kann zwar verstehen, dass die britische Lösung aus politischen Gründen notwendig war, um eine ständige Reformkrise der Gemeinschaft zu verhindern. Dennoch glaube ich, dass es aus juristischer Sicht eine sehr problematische Lösung ist, die in den nächsten Jahren noch zu einigen Kopfschmerzen führen könnte.

Möller: Frau Schmidt, wie bewerten Sie als Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts aber auch als europäische Bürgerin das, was am Wochenende in Brüssel beschlossen wurde. Gibt es ferner durch die Rechtsprechung des EuGH eigentlich einen Wandel vom Rechts- zum Richterstaat? Ich frage das mit dem Hintergedanken, dass auch das BAG ständig dafür kritisiert wird, Arbeitsrecht zum Richterrecht gemacht zu haben. Fühlen Sie sich da mit Herrn Skouris seelenverwandt?

Schmidt: Ich fühle mich in einigen Punkten meiner Tätigkeit mit Herrn Skouris seelenverwandt, denn wir haben zunächst die gleiche Ausgangslage, da auch das Arbeitsrecht über viele unterschiedliche und diffuse Rechtsquellen verfügt. Also Gesetz, Tarifvertrag, Betriebsvereinbarungen und das Richterrecht für die Bereiche, in denen der Gesetzgeber keine Kraft findet, Regelungen zu treffen, gleichwohl Konflikte an die Richter herangetragen werden. Das führt dazu, dass das Arbeitsrecht von einer gewissen Unsystematik gekennzeichnet ist und schon bin ich beim Gemeinschaftsrecht, das klar geschriebene Rechtsquellen wie Grundlagenverträge, Verordnungen und Richtlinien kennt, aber eben auch eine Fülle von Richterrecht. Die weitere – bedauerliche – Gemeinsamkeit zwischen den beiden Rechtsgebieten ist die durch die Fülle an Richterrecht

hervorgerufene Intransparenz beider Systeme. Dass wieder Transparenz zugunsten politischer Kompromisse geopfert werden musste befremdet mich an den Ergebnissen des Gipfels. Das kann man aus Sicht der Politiker verstehen, es geht jedoch zu Lasten der Akzeptanz, so dass der Bürger Europa immer weniger versteht, was man ihm auch nicht verübeln kann. Denn die Rechtsquellenlage ist unklar und die Informationen, die der Bürger erhält machen dieses Informationsdefizit auch nicht wett.

Im Übrigen ist das, was das Vereinigte Königreich mit dem Vorbehalt bzgl. der Grundrechtecharta erwirkt hat, ein positives Signal dafür, dass die Kooperation zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten funktioniert. Denn das Vereinigte Königreich hat sein Verhalten nicht damit begründet, dass es den EuGH für völlig unberechenbar hält, sondern dass man nicht möchte, dass die nationalen Gerichte Gemeinschaftsrecht anwenden. Das ist für mich schon ein Unterschied und das Positive daran ist, dass Regierungen verstanden haben, dass eine Kooperation zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten stattfindet, dass die nationalen Gerichte auch Verantwortung für Europa tragen, wie umgekehrt der EuGH Teil des nationalen Rechtszugs geworden ist.

Möller: Sie haben ein wichtiges Stichwort gegeben, nämlich den europäische Bürger. Ein Kritiker hat einmal geschrieben, es reiche nicht aus, jeden morgen zum Frühstück das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft zu lesen, sondern erforderlich sei noch in regelmäßigen Abständen den Wahrsager zu konsultieren, um sich die neuesten Wendungen der EuGH-Rechtsprechung voraussagen zu lassen. Würden Sie diese Aussage teilen, Frau Wendeling-Schröder?

Wendeling-Schröder: Nein, ganz gewiss nicht. Ich kann mir auch nicht vorstellen, dass das Amtsblatt der Europäischen Gemeinschaft eine erquickliche und weiterführende Morgenlektüre wäre. Was dahinter steckt, ist eine gewisse Befürchtung der Intransparenz und das ist ein Vorwurf, der dem EuGH naturgemäß anhaften wird, denn er ist nicht aus einer nationalen Gerichtsstruktur herausgewachsen und kann nicht auf ein mehr oder weniger einheitliches Rechtssystem zurückblicken. Er arbeitet nur mit den Materialien, die spezifisch gemeinschaftsrechtlich sind. Nämlich mit dem dünnen Vertrag, bei dem jede Änderung die schon beschriebenen Schwierigkeiten aufwirft und den Folgerungen, die daraus zu ziehen sind. Das macht es relativ schwierig, eine dogmatisch konsistente Rechtsprechung vom EuGH festzustellen.

Möller: Wie bringen Sie ihren Studenten Europa oder den Europäischen Gerichtshof näher?

Wendeling-Schröder: Ich besuche hin und wieder mit Studierenden den Gerichtshof. Natürlich nehmen wir an der Universität auch von dessen Entscheidungen Notiz, denn die Rechtsprechung des EuGH gehört ja mittlerweile zu praktisch jedem juristischen

Fach. Das Problem für die Studierenden ist, dass die Herangehensweise anders sein muss. Man hat ja auch eine andere Art von Urteilen. Die sind sehr kurz, für unsere Vorstellungen recht apodiktisch und nicht so begründet, wie wir das von der deutschen Rechtsprechung gewohnt sind. Das macht es den Studierenden vergleichsweise schwer, sie zu verstehen. Auch weil die dogmatischen Instrumente, die beim EuGH verwendet werden, sich aus verschiedenen nationalen Rechtsordnungen entwickelt haben.

Möller: Kurze Frage an Herrn Skouris: Halten Sie ihre Urteile, die Urteile des Europäischen Gerichtshofs für schwer verständlich?

Skouris: Ich will nicht ausschließen, dass sie manchmal gewisse Schwierigkeiten aufwerfen können. Man muss dabei auch bedenken, dass der Gerichtshof unter ganz spezifischen Bedingungen zu seinen Entscheidungen kommt. Dabei darf nicht verkannt werden, dass wir nicht immer mit einem Verfassungsgericht verglichen werden sollten, auch wenn wir gewisse, den Verfassungsgerichten ähnliche Zuständigkeiten haben. Aber wir sind – und das möchte ich einmal klarstellen – weder ein Verfassungsgericht im Sinne eines Gerichtshofs für Menschenrechte, noch ein Verfassungsgericht im Sinne des deutschen Bundesverfassungsgerichts. Unsere Hauptaufgabe ist vielmehr, für die einheitliche Anwendung und Auslegung des Gemeinschaftsrechts zu sorgen, eine Aufgabe also, die wir eher mit den höchsten Bundesgerichten teilen. Wenn man Vergleiche zwischen uns und diesen obersten Bundesgerichten anstellt, wird man feststellen, dass die Unterschiede nicht ganz so groß sind. Verfassungsgerichtliche Urteile sind lang und sehr ausführlich begründet. Wir hingegen müssen bei jeder Randnummer unserer Urteile genau diskutieren, ob der jeweilige Gedanke für das Ergebnis des konkreten Einzelfalles wirklich wichtig ist, weil wir dieser Gedanken vielleicht in einem anderen Fall, als obiter dictum eine faktische Bindung bewirken könnte. Abschließend möchte ich noch hinzufügen, dass gerade solche Tagungen beweisen, dass unsere Urteile von vorne bis hinten so genau gelesen werden, dass wir zu recht ganz vorsichtig sind mit dem, was wir schreiben, weil eben manchmal dem Gerichtshof auch einiges unterstellt wird

Möller: Würden Sie dem zustimmen, dass das, was der EuGH macht, tief in die Politik der Mitgliedsländer hineinwirkt?

Skouris: Das kann ich nicht ausschließen. Sicherlich spielt unsere Rechtsprechung eine wichtige Rolle in den Mitgliedstaaten, aber das liegt eben am heutigen rechtsstaatlichen System mit einer ausgebauten Gerichtsbarkeit.

Möller: Herr Müntefering, Sie haben die Forderung nach sozialer und wirtschaftlicher Ausgewogenheit bei der Urteilsfindung durch den EuGH erhoben. Was gibt es an den bisherigen Urteilen in diesbezüglich von Seiten der Politik zu kritisieren?

Müntefering: Das muss ich jetzt ganz vorsichtig sein. Denn wie Herr Präsident Skouris heute schon betont hat, kann der EuGH nur auf der Basis dessen entscheiden, was wir Politiker als gesetzliche Grundlage vorgegeben haben. Ich nähere mich dem ganzen Thema nicht juristisch, sondern als Politiker, der den Menschen erklären und vermitteln muss, was da in Europa stattfindet und der genau weiß, dass Entscheidungen der Politik, aber auch der Rechtsprechung, von entscheidender Bedeutung für die Akzeptanz dieses Europas bei den Menschen sind. Die Frage an uns Politiker ist, was wir eigentlich tun müssen, damit dieses Europa gelingen kann, was dann erreicht ist, wenn die Bürgerinnen und Bürger das Gefühl haben, dass hier Gerechtigkeit vorherrscht und dass sie auf europäischer Ebene zu ihrem Recht kommen. Mir als Sozialpolitiker stellt sich in diesem Zusammenhang die Frage nach der sozialen Dimension Europas, ob also in den Urteilen des EuGH zu den europäisierten Bereichen der Wirtschafts- und Finanzpolitik, soziale und arbeitsrechtliche Fragen hinreichend berücksichtigt werden können, obwohl diese Themen nach wie vor in die Kompetenz der Mitgliedstaaten fallen, so dass es zu ausgewogenen, für die Menschen nachvollziehbaren Urteilen kommen kann. Da bin ich schon besorgt, dass es hier Diskrepanzen geben könnte. Das ist kein Vorwurf, sondern einfach das Bemühen, die Übersicht zu behalten in einem komplexen Vorgang, den Politiker nicht immer begreifen und ganz sicher nicht die Menschen auf der Straße und in dem wir lernen müssen, das, was wir heute hier unter Fachleuten besprechen, auch den Menschen verständlich zu machen. Das ist ein Problem der Politik, aber auch der Juristen. Ich weiß, dass man einsteinsche Formeln nicht mit „müntischen“ Sätzen umschreiben kann. Es ist trotzdem unsere Aufgabe, den Menschen zu erklären, um was es da in Europa geht. Allerdings verwenden wir in der Politik, aber auch Richterinnen und Richter oftmals eine Sprache, die nicht darauf Rücksicht nimmt, ob sie von den Menschen verstanden wird. Daraus entstehen dann schnell Missverständnisse und Irritationen und auch der leichtfertige Umgang mit einem Gericht, das seine hohen Verdienste hat. Zusammengefasst bin ich stets darum besorgt, dass dieses Europa richtig vermittelt wird und dass die unterschiedlichen Zuständigkeiten, Wirtschaft und Finanzen auf europäischer Ebene, Arbeit und Soziales auf mitgliedstaatlicher Ebene, zu einer vernünftigen und in sich kohärenten Politik und Rechtsprechung führen.

Möller: Sind Sie der Meinung, dass der Europäische Gerichtshof bei seinen Entscheidungen verstärkt die damit verbundenen sozialen Folgen berücksichtigen muss?

Müntefering: Da komme ich wieder zu dem eingangs erwähnten Punkt. Der Präsident sagt zu Recht, der EuGH entscheide auf der Grundlage, die die Politik per Gesetz vorgibt. Die Frage müsste dann eher an uns Politiker gerichtet sein: Sind die Zusammenhänge zwischen dem, was Europa beschließt und dem, was auf nationaler Ebene geregelt wird, so unzureichend, dass dadurch Komplikationen in der Rechtsprechung entstehen? Das ist dann etwas, wo die Politik unzureichend bleibt. Ich will es lieber auf uns Politiker nehmen, als es den Richtern zuzuschieben und vielleicht können wir uns

als Politiker gemeinsam darum bemühen, die Dinge soweit zusammenzubringen, dass das Europarecht befriedigend angewendet werden kann, denn ansonsten geht es letztlich immer zu Lasten der Akzeptanz Europas bei den Menschen.

Möller: Herr Skouris, wäre Ihnen das nicht auch sehr recht, wenn die Politik so handeln würde, vielleicht kämen Sie dann viel schneller an die Zahl 15 beim EuGH?

Skouris: Das weiß ich nicht, ob wir dann noch schneller werden, aber ich stimme Herrn Müntefering voll und ganz in dieser allgemeinen Beurteilung der Lage zu. Darüber hinaus meine ich, dass wir Richter beim EuGH besonders für Fälle empfindlich sind, die soziale Bezüge aufweisen. Obwohl für das Arbeits- und Sozialrecht primär die Mitgliedstaaten zuständig sind, da es hier keine Übertragung von wichtigen Zuständigkeiten auf die Europäische Union vollzogen wurde, gibt es aber dennoch viele Fälle, die soziale Bezüge aufweisen, weil es sich dort um Wanderarbeitnehmer handelt, oder um Menschen, die von ihren Freiheitsrechten Gebrauch machen. Wenn man als Gerichtshof versucht, auch die soziale Komponente zu berücksichtigen und auf diese Weise den Menschen zu helfen, dann wird man bisweilen kritisiert, weil man dafür nicht zuständig sei. In dieser Argumentation sehe ich einen gewissen Widerspruch: wenn Europa sozialer werden soll und der Gerichtshof mangels speziellerer Regelungen bereits bestehende Rechtsgrundlagen, wie die wichtigen VO 1408/71 und 1612/68 anwendet und dabei erweiternd auslegt, dann sollte man nicht kritisieren, dass der Gerichtshof zu weit gegangen sei, weil das den Mitgliedstaaten obliege. Schließlich sind es die Gerichte der Mitgliedstaaten, die sich an uns wenden, damit wir eben diese Erweiterung vornehmen.

Möller: Genau, das war sozusagen die Übergangsfrage zu Frau Schmidt und auch Frau Koskelo. Das BAG, BSG, aber auch das finnische oberste Gericht sind ja aus der Sicht von Herrn Skouris eine Art Katalysator. Bei Ihnen landen zunächst die Widersprüche, die Politiker durch ihre Gesetze gemacht haben. Wie sehen Sie diese Funktion als oberste Gerichte in den Mitgliedstaaten auch in Bezug auf den EuGH? Eine weitere Frage ist dann, ob man nicht den obersten Gerichten, dem BAG, dem BSG die Rechtsprechung des Gemeinschaftsrechts vielleicht einmal irgendwann übertragen sollte, so dass der EuGH nur noch in ganz wenigen streitigen Fällen entscheiden würde?

Schmidt: Das ist heute schon der Fall. Weil der EuGH schon seit über 50 Jahren judiziert, hat eine ganze Reihe von Normen des Gemeinschaftsrechts eine Ausprägung und Klarheit erhalten und ist damit in der Auslegung für alle nationalen Gerichte handhabbar. Man sieht das auch daran, dass bei den nationalen Gerichten die Methode der europarechtskonformen Auslegung immer mehr an Bedeutung gewinnt. Das heißt, dass hier die Ergebnisse der bisherigen Rechtsprechung des Gerichtshofes nutzbar gemacht werden. Insoweit ist ein erneutes Anrufen des EuGH nicht nötig. Wenn ich mir im Üb-

rigen so die ein oder andere Frage ansehe, die dem Gerichtshof vorgelegt wird, dann bleibt mir nur zu sagen: Don't ask so silly questions!

Möller: Sollte man also das Vorabentscheidungsverfahren abschaffen?

Schmidt: Nein. Das ist sicherlich ein wichtiges Verfahren vor dem EuGH im Sinne umfassenden Rechtsschutzes. Allerdings waren die spektakulären Fälle an Vorabentscheidungsverfahren, die in den letzten Jahren zur Kritik am EuGH geführt haben, solche, in denen entweder die Nationalstaaten dem Frustrationsverbot zuwider gehandelt haben oder in denen es nicht zu einer Umsetzung von Richtlinien gekommen ist. Da frage ich mich, wieso Unionsbürger über den Weg ihrer Klage und damit über die Vorabentscheidung versuchen müssen eine Klärung herbeizuführen, um die Nationalstaaten zu bewegen, die Verpflichtungen, die sie auf europäischer Ebene eingegangen sind, auch einzuhalten. Das wäre doch vielmehr eine Aufgabe der Kommission in Fällen, in denen Richtlinien nicht umgesetzt wurden oder in denen offenkundig gegen das Frustrationsverbot verstoßen wurde, nicht zu lange mit dem Vertragsverletzungsverfahren abzuwarten.

Möller: Frau Koskelo, wie sehen Sie das?

Koskelo: Herr Müntefering hat zu Recht betont, dass die Bürger etwas Bestimmtes von Europa erwarten. Die nationalen Gerichte sind dabei die Vehikel, über die die Bürger das von Europa bekommen, was sie erwarten können. Denn die Gerichte müssen das europäische Recht durchsetzen und da gibt es eine klare Aufgabenteilung zwischen dem EuGH und den nationalen Gerichten. Die Aufgabe des EuGH besteht dabei darin, dass die Menschen überall in Europa die gleichen Rechte haben und Ansprüche erfüllt bekommen. Deshalb ist diese Aufgabenteilung der Schlüssel für das Funktionieren des gesamten europäischen Rechts. In diesem Zusammenhang empfinde ich den Mechanismus und das System der Vorabentscheidung als genial. Damit wird für die Zusammenarbeit vom EuGH mit den nationalen Gerichten ein institutioneller Rahmen geschaffen, in dem die Rolle der nationalen Gerichte sehr wichtig ist, da der EuGH nur die Fragen beantworten kann, die ihm die nationalen Gerichte vorlegen. Diese haben dabei eine große Verantwortung, da sie einerseits kritisch auf die innerstaatlichen Rechtsvorschriften schauen müssen, um herauszufinden, wo Hinweise vom EuGH benötigt werden, damit die Rechte der Bürger dann entsprechend realisiert werden können. Andererseits müssen sie bei der Vorlage zum EuGH in einer sehr umsichtigen Art und Weise handeln, denn wir kennen ja alle die Kriterien für Vorabentscheidungen.

Möller: Frau Wendeling-Schröder, der ehemalige Bundespräsident und Präsident des Bundesverfassungsgerichts, Prof. Herzog, hat über die Rechtsprechung des EuGH einmal gesagt, dass diese eine Ursache für die sachwidrige Zentralisierung der Union sei.

Das Gericht betreibe, so die Kritik, die größtmögliche Ausschöpfung der Gemeinschaftsbefugnis, also im Zweifel immer für die Zuständigkeit der Union. Was sagen Sie zu dieser Kritik?

Wendeling-Schröder: Sie ist zwar ausgesprochen pointiert, greift jedoch das Kernproblem auf, nämlich die Frage nach den genauen Zuständigkeiten der EU in Abgrenzung zu den Mitgliedsstaaten. Das spiegelt sich wieder in der Politik des EuGH, der sich als Motor der Einigung auf europäischer Ebene verstanden hat. Aber es gelingt natürlich einer Organisation schlecht, immerzu die eigenen Grenzen zu sehen, so dass der EuGH hin und wieder die Grenzen ausweiten möchte, was auf einen gewissen Gegendruck stößt. Zu lösen ist dieser Konflikt nur durch eine konsequente Rückbesinnung auf die Rechtsgrundlagen, die dem EuGH zur Verfügung stehen. Denn der EuGH kann nicht in der gleichen Weise rechtsfortbildend tätig werden, wie ein nationales Gericht, das auf verschiedene Rechtsfiguren aus dem jeweiligen nationalen Umfeld zurückgreifen kann. Dies ist dem EuGH nicht möglich. Das zwingt dazu, sich vergleichsweise streng an die mehr oder weniger geschriebenen Rechtsgrundlagen zu halten.

Zudem ist das System der Rechtssetzung auf europäischer Ebene ein relativ kompliziertes, aber auch eines, was einen gewissen Charme hat. Es schafft es nämlich einerseits zu regeln und andererseits Regelungsspielräume für die Politik zu lassen. So wird beispielsweise bei der Richtlinie ein Ziel vorgegeben, das jeder Mitgliedstaat so umsetzen kann, wie er das politisch verantworten möchte. Aufgrund dieser Gestaltungsmöglichkeiten der Mitgliedstaaten bei der Richtlinienumsetzung, gibt es meines Erachtens keine Spielräume für Entscheidungen des EuGH, die den Mitgliedstaaten die konkrete Ausgestaltung der Richtlinienumsetzung vorgeben, solange die Umsetzungsfrist einer Richtlinie noch läuft.

Zusammenfassend lässt sich feststellen, dass der EuGH immens wichtig für Europa ist und dass man ihm nicht allzu vorschnell vorwerfen sollte, er habe die Grenzen seiner Kompetenz überschritten. Aber diese Grenzen sind dann deutlich aufzuzeigen, wenn sie erreicht sind, weil sonst das Tandem zwischen den Nationalgerichten und dem EuGH nicht mehr funktioniert.

Möller: Herr Müntefering, müssen Politiker nicht manchmal genauer hinschauen, was sie beschließen? Ich erinnere mich an ein Aha-Erlebnis beim Bundesverfassungsgericht, als es um den Europäischen Haftbefehl ging. Da zeigten sich Politiker aller Parteien, sichtlich überrascht über die unerwartet weitreichenden Folgen ihres Gesetzesbeschlusses. Sollten sich die Politiker nicht manchmal genauer überlegen, welche Kompetenzen sie an Europa abgeben und welche Folgen das haben könnte, ehe sie den EuGH dafür kritisieren, dass er sich zu weit aus dem Fenster lehnt?

Müntefering: Als Politiker möchte ich darauf aufmerksam machen, dass das ein sehr komplexer Gesamtzusammenhang ist, in dem wir Politiker uns bewegen und bei dem

leicht Fehler zum Schaden der Menschen, die konkret davon betroffen sind, passieren können. Besondere Komplexität kennzeichnet die Frage, ob man ein Gesetz auf nationaler oder europäischer Ebene machen soll. Das möchte ich mit folgendem Beispiel verdeutlichen: Die Regulierung des Arbeitsmarktes ist ganz klar Sache der Mitgliedstaaten. Ferner muss heutzutage die staatliche Altersvorsorge dringend um die betriebliche Altersvorsorge ergänzt werden, was zunehmend gemacht wird. Nun gibt es aber eine Mobilität von hunderttausenden von Menschen, die sich in Europa bewegen. Diese Menschen fragen uns Politiker nach dem Schicksal ihrer Ansprüche aus der betrieblichen Altersvorsorge, wenn sie den Arbeitgeber wechseln oder gar in einem anderen Mitgliedstaat der EU tätig werden. Ferner möchten sie wissen, ob es für diesen Themenkomplex eine einheitliche Regelung auf europäischer Ebene gibt, oder ob das in den Mitgliedstaaten unterschiedlich gehandhabt wird. Auch wenn wir die betriebliche Altersvorsorge in Deutschland insolvenzfest und mobil gestalten, bleibt immer noch die Frage, wie das die anderen Mitgliedstaaten regeln. Mit alledem ist auch zwangsläufig das Problem verbunden, was die nationalen Gerichte entscheiden und für was der EuGH eine Zuständigkeit hat. Welche Gesetze sind daher auf nationaler und europäischer Ebene zu beschließen, damit dieses Zusammenspiel funktionieren kann?

Europa ist kein Staat und wird das auf absehbare Zeit auch nicht sein. Wichtig ist daher das ehrliche Bemühen der Politik, eine solche Konstruktion, die einmalig ist, so zu organisieren, dass sie zum Nutzen der Menschen über klare Regeln verfügt, die die Menschen verstehen und die nicht gegen die Menschen ausgelegt werden können, weil entweder wir Politiker noch etwas vergessen hätten zu entscheiden, oder die Gerichte auf nationaler oder europäischer Ebene sich nicht klar sind darüber, wer denn eigentlich welche Entscheidungen zu treffen hat. Ganz selbstkritisch betrachtet glaube ich, dass es zu oft vorkommt, dass die Politiker in den einzelnen Mitgliedstaaten, Europa als Entschuldigung vorschieben, um von eigenen politischen Versäumnissen abzulenken.

Politik und Rechtsprechung müssen stärker lernen miteinander zu reden, aufeinander zu hören und gemeinsam zu überlegen, was man eigentlich tun kann, um dieses Europa zu einem Instrument zu machen, das regierbar ist, ohne eine Regierung zu haben und das für die Menschen transparent genug ist.

Möller: Sie haben gesagt, wir Politiker müssen lernen und ich sage jetzt ganz hart: die deutschen Politiker lernen nichts, weil sie Richter und Generalanwälte immer nur für sechs Jahre zum EuGH schicken. Stimmt es, Herr Skouris, dass wir Deutschen dadurch keinerlei Einfluss über unsere Richter auf die Rechtsprechung des EuGH bekommen?

Skouris: Dazu kann ich mich nicht äußern.

Möller: Das habe ich mir gedacht, weil das natürlich ein heikles Thema ist. Dann zurück in die Runde, was meinen Sie dazu, Frau Wendeling-Schröder?

Wendeling-Schröder: Ich bin der Ansicht, dass zuviel Rotation schädlich ist. Die Arbeit beim EuGH ist so komplex, dass man eine ganze Weile braucht, bis man sich eingearbeitet hat. Daher ergibt sich schon allein aus der Natur der Sache, dass man nicht nur eine Periode da sein sollte. Wir haben im niedersächsischen Verfassungsgerichtshof versucht, dieses Spannungsfeld zwischen dem Bedürfnis nach Rotation auf der einen und dem nach Sachkenntnis auf der anderen Seite so zu lösen, dass man maximal zwei Legislaturperioden bleiben kann, was dann schon zwölf Jahre sind. Das ist eine gute Zeitspanne, die auch empfehlenswert für die deutsche Vertretung beim EuGH ist.

Müntefering: Heißt das, Sie unterstellen, dass die nationale Zugehörigkeit eines Richters Einfluss hat auf das, was er entscheidet?

Möller: Das will ich nicht sagen, aber wenn man länger da ist, hat man die Chance, zumindest Kammerpräsident zu werden. Vielleicht hätte ja dann auch mal eine Deutsche oder ein Deutscher die Möglichkeit, das höchste Amt am EuGH zu bekommen.

Müntefering: Sozusagen auch als Renommee für das Land.

Möller: Ja.

Müntefering: Nein nein. Das ist schon ein schwerwiegendes Problem, wenn ich darüber in der Politik diskutiere: Renommee für das Land oder für die Person. Soll ich ernsthaft in meinen Versammlungen behaupten, wenn eine Deutsche da säße, wäre es ein anderes Urteil? Das kann ich doch gar nicht machen. Das glaube ich auch gar nicht. Ich als Politiker muss da ganz vorsichtig sein und darf so etwas nicht unterstellen.

Möller: Aber würden Sie mir zustimmen, dass, je länger jemand am Hofe ist, er die dortigen Verfahren besser kennt und möglicherweise auch dasjenige besser mit einbringen kann, was er auf Seiten der deutschen Rechtsordnung sieht?

Skouris: Man kann davon ausgehen, dass auch bei einem Deutschen als Präsident des Gerichtshofs die Entscheidungen genauso ausfallen würden, wie sie uns heute vorliegen. Deswegen ist das sicherlich kein Kriterium. Ein anderer Punkt ist, dass es sicherlich eine Zeit dauert, bis man bei unserem System am Gerichtshof soweit eingearbeitet ist, dass man voll einsatzfähig wird. Daher ist aus funktionalen Gesichtspunkten ein Mandat von sechs Jahren möglicherweise zu kurz. Auch wird die Tätigkeit am EuGH für potentielle Kandidatinnen und Kandidaten aufgrund dieses kurzen Mandats nicht attraktiver, obwohl jedes Land ein Interesse daran haben sollte, die besten Leute da hinzuschicken, nicht weil man auf diese Weise Einfluss auf die Rechtsprechung nimmt, sondern weil die Rechtsprechung auf diese Weise besser wird. Vom Europäischen Par-

lament wurde bereits einige Male vorgeschlagen, das Mandat auf zwölf Jahre zu verlängern, was aber der Rat nicht akzeptiert hat.

Schmidt: Meiner Meinung nach ändert eine Aufgabe oder Beinbehaltung des Rotationsprinzips nichts an den von Herrn Müntefering dargestellten Schwierigkeiten. Vielmehr kann sich die Politik nur selbst aus ihrem Dilemma befreien, indem klare, verständliche Gesetze gemacht werden, die klaren politischen Vorgaben folgen. Die Lösung besteht auch darin, in den mündlichen Verhandlungen beim EuGH die deutsche Sache so zu vertreten, dass die Botschaft, die man aus Deutschland an den EuGH senden möchte, dort auch ankommt.

Möller: Frau Koskelo, wir diskutieren ja hier viele Dinge so ein wenig aus deutscher Sicht. Deshalb sind wir froh, Sie als Gast aus Finnland in unserer Mitte zu haben. Ich habe ja gesagt, dass wir auch mal über den Tellerrand hinausschauen wollen. Wie wird die Richterberufung zum EuGH in Finnland gehandhabt?

Koskelo: Wir haben in diesem Bereich leider nicht viel Erfahrung, da wir erst den zweiten Richter beim EuGH haben. Aktuell wird in Finnland ein formaleres Verfahren mit mehr Konsultationen installiert, um die Benennungen vorzubereiten.

Aber gestatten Sie mir noch auf etwas zurückzukommen, was etwas mit dem zu tun hat, was Herr Müntefering gesagt hat. Es ist sehr wichtig für den EuGH, die Folgen seiner Entscheidungen genau abzusehen, zu verstehen und bedenken. Denn der EuGH kann nur feststellen, dass eine bestehende nationale Vorschrift nicht mit dem Gemeinschaftsrecht vereinbar ist. Er kann aber nichts an die Stelle der umstrittenen nationalen Vorschrift setzen. Oftmals haben Entscheidungen des EuGH zur Folge, dass Druck auf den europäischen Gesetzgeber erzeugt wird, da die in den Entscheidungen aufgeworfenen Probleme nicht vom nationalen Gesetzgeber gelöst werden können. Wenn die Mitgliedstaaten mit einer Entscheidung des EuGH nicht einverstanden sind, dann können sie die Gemeinschaftsregeln ändern, was in der Praxis sehr schwierig ist, weil die Gemeinschaft keine Zuständigkeit besitzt oder der Rechtsänderung unüberwindliche politische Schwierigkeiten im Wege stehen. Darin liegt das eigentliche Dilemma.

Möller: In der Bundesrepublik gibt es passend dazu das geflügelte Wort: „Über dem BVerfG wölbt sich der blaue Himmel, aber die Politiker können den Horizont verändern.“ Über dem EuGH wölbt sich auch der blaue Himmel, aber der Horizont kann nicht mehr verändert werden, das ist der entscheidende Unterschied. Das möchte ich am Schluss stehen lassen. Aber eine Frage habe ich dann doch noch Herr Skouris, wie ist denn das jetzt mit den 15 Richtern?

Skouris: Langfristig könnte sich vielleicht so eine Vorstellung durchsetzen, im Moment erscheint es mir jedoch nicht zweckmäßig. So kurz nach den beiden letzten Erwei-

terungen mit insgesamt zwölf neuen Mitgliedstaaten ist es wichtig, dass pro Mitgliedstaat ein Richter am Gerichtshof tätig ist. Man darf nicht verkennen, dass es von enormer Bedeutung ist, die Kontakte zu den nationalen Gerichten auch von unserer Seite aufrecht zu erhalten. Das ist eine unserer ganz wichtigen Aufgaben beim Gerichtshof, nicht um die nationalen Gerichte zu beeinflussen, sondern um von diesen zu erfahren, was ihre Sorgen sind, damit wir in Zukunft besser die uns gestellten Aufgaben bewältigen. Aus diesem Grund kann ich mir eine Reduzierung auf 15 Richter im Moment nicht vorstellen. Im Übrigen würde das eine Vertragsänderung voraussetzen und ich glaube, dass mit dem künftigen Reformvertrag ohnehin noch genügend Probleme zu bewältigen sind, da muss man nicht ohne Not noch eins hinzufügen.

Möller: Herzlichen Dank. Wir sind damit am Ende der Diskussion. Ich bedanke mich bei den Mitdiskutanten dafür, dass Sie so offen gesprochen haben. Ich bitte nun den Vizekanzler und Arbeits- und Sozialminister der Bundesrepublik Deutschland, Herrn Müntefering, um sein Schlusswort, das den endgültigen Abschluss dieser Tagung bilden wird.

Müntefering: Vielen Dank Herr Möller. Ich bedanke mich beim EuGH, der einen guten Teil dazu beigetragen hat, dass Europa so gelungen ist, wie es gelungen ist. Wir neigen ja alle dazu, dieses Europa zu kritisieren, aber wenn man sich erinnert, dann ist das schon eine große historische Leistung, dass wir das hinbekommen haben und ich hoffe, dass es uns gelingt, den Weg weiterzugehen. Ich bedanke mich aber auch bei Ihnen allen, die gekommen sind und mit uns diskutiert haben.

Die Menschen fragen sich, ob die, die demokratisch legitimiert politische Macht haben, in der Lage sind, in einer sich verändernden globalisierten Welt in dieser europäisierten Region Politik zu gestalten und zwar so, dass die Menschen Vertrauen haben. Ich glaube, dass das eine riesige Herausforderung ist, in der wir uns da bewegen und dass es einer großen gemeinsamen Anstrengung bedarf, dass uns das gelingt. Die Menschen haben derzeit relativ wenig Vertrauen in die Politik, was sich auch bei Wahlen niederschlägt. Viele zweifeln an uns, damit müssen wir uns auseinandersetzen. Wir müssen aufpassen, dass nicht autoritäre oder schlimmere Systeme in der Welt schneller sind als wir und als demokratische Länder zeigen, dass wir in der Lage sind, die Zukunft zu gestalten, was gerade auch für Europa in einer besonderen Art und Weise gilt.

Ich glaube, dass die, die Recht sprechen in Europa, hohes Vertrauen genießen, was Ihnen eine hohe Verantwortung zuweist, der sie auch gerecht werden müssen. Die Menschen müssen sich sicher sein können, dass in Europa und den Mitgliedstaaten nachvollziehbar und verständlich entschieden und gehandelt wird.

Zusammenfassend führt mich das alles zur Bitte, dass wir Politiker und Sie in den obersten und wichtigsten Gerichten so miteinander sprechen müssen, dass wir uns verstehen. Und wenn diese Tagung etwas zum gegenseitigen Verständnis von Justiz und Politik beigetragen hat, dann ist das erreicht worden, um was es mir ging.

Danke Ihnen, kommen Sie gut nach Hause und behalten Sie uns in guter Erinnerung, es war gut gemeint und es soll auch was Gutes daraus werden. Herzliches Glück auf Ihnen miteinander!

Markus SCHÖN

Über die Autorinnen und Autoren

BECKER, Ulrich, Prof. Dr., LL.M (EHI), Studium der Rechtswissenschaften an der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität Würzburg und am Europäischen Hochschulinstitut in Florenz. Erstes Juristisches Staatsexamen 1984, Zweites Juristisches Staatsexamen 1989. Promotion zum Dr. iur. utr. an der Universität Würzburg 1989, Diplom über vergleichende europäische und internationale Rechtsstudien (LL.M.) des Europäischen Hochschulinstituts 1991. Stipendiat der Fritz-Thyssen-Stiftung 1991-1994. Habilitation durch die Juristische Fakultät der Universität Würzburg 1994. Lehrstuhlvertretungen in Regensburg und Greifswald. Von April 1996 bis August 2002 ordentlicher Professor an der Universität Regensburg und Inhaber des Lehrstuhls für Öffentliches Recht, Deutsches und Europäisches Sozialrecht. Emile-Noël-Fellow an der Harvard Law School 11/1999-2/2000. Seit April 2002 Wissenschaftliches Mitglied am Max-Planck-Institut für ausländisches und internationales Sozialrecht, seit September 2002 Geschäftsführender Direktor dieses Instituts. Seit Oktober 2002 Honorarprofessor an der Ludwig-Maximilians-Universität München.

BERCUSSON, Brian, Prof. Dr., obtained his PhD from the University of Cambridge and was elected Research Fellow of Christ's College in 1974. He taught at Queen Mary College, University of London, from 1978. He was Jean Monnet Fellow at the European University Institute (EUI) in Florence in 1983-1984 and was appointed Professor in the Department of Law at the EUI in 1986. In Italy, he was also visiting professor at the University of Siena, 1991-1994. He returned to take up the Chair in European Law at the University of Manchester in 1994. Professor Bercusson was appointed to a newly-created Chair in European Social and Labour Law at King's College London in September 2000. From 1997-2007 he was Guest Professor at the Swedish National Institute for Working Life (*Arbetslivsinstitutet*) in Stockholm. In 2002 he was Herman Phleger Visiting Professor of Law at Stanford Law School. Since 2003 he has taught on the Law and Economic Globalisation programme at *l'Institut d'Etudes Politiques* in Paris.

BRUUN, Niklas, Prof. Dr., LL.M., University of Helsinki, Director of IPR University Center (since 2000). Studies at Helsinki University, Faculty of Law (LLM 1972, Lic. 1974), Dissertation (LL.D) 1979. Professor in Business Law, Swedish School of Economics and Business Administration, (Hanken) Helsinki since 1986. Guest Professor at National Institute for Working Life (*Arbetslivsinstitutet*), (Stockholm) 1993-1996. Linked to the Institute as an Academic supervisor for EU Labour Law

research 1997-2007. Director CIEL, Hanken since 1996. Professor EU labour law (Hanken) 1999-2006. Professor of Private Law University of Helsinki since 2006. Doctor of Law H.C, University of Stockholm 2000. Professor of the Year, Finland 2005. Member of the Freedom of Association Committee, ILO 1996-98, 2005-. Author or joint author of several books on EC labour law and also on Nordic labour law. Many expert commissions for the Finnish and Swedish government and ILO and EU.

DANWITZ, Thomas von, Prof. Dr., Studium in Bonn, Genf und Paris; Juristische Staatsexamen (1986 und 1992); Doktor der Rechte (Universität Bonn, 1988); Diplôme international d'administration publique (École nationale d'administration, 1990); Habilitation (Universität Bonn, 1996); Professor für Öffentliches Recht und Europarecht (1996-2003), Dekan der Rechtswissenschaftlichen Fakultät der Ruhr-Universität Bochum (2000-2001); Professor für Öffentliches Recht und Europarecht (Universität zu Köln, 2003-2006); Direktor des Instituts für Öffentliches Recht und Verwaltungslehre (2006); Gastprofessor an der Fletcher School of Law and Diplomacy (2000), der Universität François Rabelais (Tours, 2001-2006) und der Universität Paris I Panthéon-Sorbonne, (2005-2006); Richter am Gerichtshof seit 7. Oktober 2006.

ILEŠIČ, Marko, Prof. Dr., Doktor der Rechte (Universität Ljubljana); Spezialisierung auf Rechtsvergleichung (Universitäten Straßburg und Coimbra); Anwalt; Richter am Arbeitsgericht Ljubljana (1975-1986); Richter am Schiedsgericht der Versicherungsgesellschaft Triglav (1990-1998); Präsident der Beschwerdekammer der Börse (seit 1995); Richter am Schiedsgericht der Börse (seit 1998); Schiedsrichter bei den Handelskammern von Jugoslawien (bis 1991) und Slowenien (seit 1991); Schiedsrichter bei der Internationalen Handelskammer Paris; Richter am Berufungssenat der UEFA (seit 1988) und der FIFA (seit 2000); Präsident der Union der Verbände slowenischer Juristen; Mitglied der International Law Association, des Comité Maritime International und mehrerer anderer internationaler rechtswissenschaftlicher Vereinigungen; Professor für Zivilrecht, Handelsrecht und internationales Privatrecht; Dekan der Fakultät für Rechtswissenschaften der Universität Ljubljana; Verfasser zahlreicher juristischer Veröffentlichungen; Richter am Gerichtshof seit 11. Mai 2004.

KRESAL, Barbara, Doz. Dr. (*1969), studied law at the Faculty of Law of the University of Ljubljana. After being employed at the Faculty of Law at the University of Ljubljana and at the Constitutional Court of the Republic of Slovenia, she is now an assistant professor (docent) of Labour Law and Social Security at the Faculty of

Social Work and at the Faculty of Economics of the University of Ljubljana and a Counsellor of the Director of the Institute of Labour at the Faculty of Law of the University of Ljubljana. She is a member of the International Association for Labour Law and Social Security as well as its national association. She is editor-in-chief of the journal "Employees and Employers". She has participated in different international and national seminars and congresses as well as in different research projects dealing with the issues of labour law and social security. She publishes in the field of labour law and social security.

MAYDELL, Bernd Baron von, Prof. Dr., Studium der Rechtswissenschaft in Marburg und Berlin (Freie Universität), Promotion in Marburg, Habilitation in Bonn (venia legendi für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht), o. Professor für Sozialrecht an der FU Berlin (1974-1981), o. Professor für Bürgerliches Recht, Arbeitsrecht und Sozialrecht an der Universität Bonn (1981-1992), ab 1992 wissenschaftl. Mitglied der Max-Planck-Gesellschaft und Direktor des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Sozialrecht in München, Emeritierung zum 1. August 2002, Honorarprofessor an der Universität München. Mitarbeit in den Vorständen von Fachverbänden und wissenschaftlichen Gesellschaften, u. a. stv. Vorsitzender der GVG (Gesellschaft für Versicherungswissenschaft und -gestaltung), Vorsitzender der Deutschen Sektion der Internationalen Gesellschaft für Arbeitsrecht und Recht der sozialen Sicherheit (bis 31.12.2002). Mitglied des Sachverständigenausschusses der IAO zur Kontrolle und Überwachung der Übereinkommen und Empfehlungen (Genf), Mitglied der Polnischen Akademie der Wissenschaften.

PAPIER, Hans-Jürgen, Prof. Dr. Dres. h.c., Promotion 1970 an der Freien Universität Berlin. Habilitation 1973 erfolgte die Habilitation. 1974 nahm Papier einen Ruf der Universität Bielefeld auf eine staatsrechtliche Professur an (Mitbegründer und Leiter des Instituts für Umweltrecht). 1992 Ruf auf eine Professur für Deutsches und Bayerisches Staats- und Verwaltungsrecht sowie Öffentliches Sozialrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität in München. 1977-1987 nebenamtlicher Richter am Obergerverwaltungsgericht für das Land Nordrhein-Westfalen. Neben einer akademischen Tätigkeit war Papier Vorsitzender der Unabhängigen Kommission zur Überprüfung des Vermögens der Parteien und Massenorganisationen der DDR (1991-1998), Mitglied der Kommission der Bundesrepublik Deutschland zum Versorgungsruhens- und Entschädigungsrentengesetz (1994-1998) und stellvertretender Vorsitzender der Ethikkommission der Bayerischen Landesärztekammer (1996-1998). Im Februar 1998 wurde Papier als Vizepräsident und Vorsitzender des 1. Senats an das Bundesverfassungsgericht berufen. 2002 übernahm Papier die

Präsidentschaft des Gerichts. 2003 Ehrendoktorwürde der Universität Thessaloniki, 2006 Ehrendoktorwürde der Deutschen Hochschule für Verwaltungswissenschaften Speyer.

PIZARRO, Sebastião Nóbrega, Dr., 1970 onwards: Central Social Security Body for Migrant Workers (Portugal). 1990 – 2006 (Retirement): Director-General of the Department of International Agreements on Social Security (this Department replaced the former Central Social Security Body for Migrant Workers). Participation in the studies and negotiation of most conventions and bilateral agreements on social security concluded by Portugal, 1990 onwards – President of Portuguese delegations at various international negotiations. Participation, at multilateral level, in the studies with a view to the ratification by Portugal of the coordination instruments of the Council of Europe, Participation in the accession process of Portugal to European Union, in the framework of social security issues, Participation in the technical elaboration of the Iberoamerican Code on Social Security. Participation in the preliminary studies relating to the Portuguese position, in the field of social security, which led to the European Treaties, of Amsterdam and Nice.

SKOURIS, Vassilios, Prof. Dr., Juristisches Staatsexamen an der Freien Universität Berlin (1970); Doktor im Verfassungs- und Verwaltungsrecht an der Universität Hamburg (1973); Dozent an der Universität Hamburg (1972-1977); Professor für öffentliches Recht an der Universität Bielefeld (1978); Professor für öffentliches Recht an der Universität Thessaloniki (1982); Minister des Inneren (1989 und 1996); Mitglied des Verwaltungsausschusses der Universität Kreta (1983-1987); Direktor des Zentrums für internationales Wirtschaftsrecht und Europarecht in Thessaloniki (1997-2005); Präsident der Griechischen Vereinigung für Europarecht (1992-1994); Mitglied des nationalen griechischen Forschungskomitees (1993-1995); Mitglied des Obersten Ausschusses für die Auswahl der griechischen Beamten (1994-1996); Kuratoriumsmitglied der Europäischen Rechtsakademie Trier (seit 1995); Mitglied des Verwaltungsausschusses der griechischen Richterakademie (1995-1996); Mitglied des Wissenschaftsrats des Ministeriums für Auswärtige Angelegenheiten (1997-1999); Vorsitzender des griechischen Wirtschafts- und Sozialrats (1998); Richter am Gerichtshof seit 8. Juni 1999; Präsident des Gerichtshofes seit 7. Oktober 2003.

WIBMANN, Hellmut, Prof. Dr., studierte von 1959 bis 1963 Rechtswissenschaften an den Universitäten Frankfurt am Main, Lausanne und Freiburg. 1972 Promotion am Institut für Europarecht der Universität Köln. Ab 1972 Referent im Bundesministerium für Arbeit und Sozialordnung, später Referatsleiter in den Bereichen Mit-

bestimmung, Grundsatzfragen des Arbeitsrechts, Gleichbehandlung von Männern und Frauen. Ab 1992 Richter am Bundesarbeitsgericht, zunächst im 4. Senat (Tarifrecht, Tarifauslegung, Eingruppierung), ab 1994 1. Senat (Beteiligungsrechte des Betriebsrats, Arbeitskampfrecht, Koalitionsfreiheit) ab 1999 Präsident des Bundesarbeitsgerichts (bis 2005). Wissenschaftliches Mitglied in der Mitbestimmungskommission der Bundesregierung und Mitherausgeber „Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht“ und „Recht der Arbeit“. Seit Februar 2001 ist Hellmut Wissmann Honorarprofessor für Deutsches und Europäisches Arbeitsrecht an der Martin-Luther-Universität zu Halle-Wittenberg.

Über die Moderatorinnen und Moderatoren / Diskussionsteilnehmerinnen und Diskussionsteilnehmer

KOKOTT, Juliane, Prof. Dr., LL.M. (American University, Washington D.C.), Erste Generalanwältin am EuGH seit 2003. Studium der Rechtswissenschaften (Universitäten Bonn und Genf); LL.M. (American University, Washington D.C.); Doktor der Rechte (Universität Heidelberg, 1985; Harvard University, 1990); „visiting professor“ an der University of California, Berkeley (1991); Professorin für deutsches und ausländisches öffentliches Recht, Völkerrecht und Europarecht an der Universität Düsseldorf (1994); stellvertretende Richterin für die Bundesregierung am Vergleichs- und Schiedsgerichtshof der Organisation für Sicherheit und Zusammenarbeit in Europa (OSZE); stellvertretende Vorsitzende des Wissenschaftlichen Beirats „Globale Umweltveränderungen“ der Bundesregierung (WBGU, 1996); Professorin für Völkerrecht, Internationales Wirtschaftsrecht und Europarecht an der Universität St. Gallen (1999); Direktorin des Instituts für Europäisches und Internationales Wirtschaftsrecht der Universität St. Gallen (2000); stellvertretende Direktorin des Master of Business Law-Programms der Universität St. Gallen (2001); Generalanwältin am Gerichtshof seit 7. Oktober 2003.

KOSKELO, Pauliine, since 2006 President of the Supreme Court of Finland. Master of Laws, University of Helsinki, 1979. Legislative Secretary, Ministry of Justice, 1980-1984. Trainee at the City Court of Helsinki, 1984-1985. Judicial qualification 1985. Legislative Counsellor, Ministry of Justice, 1985-1995. European Investment Bank, Luxembourg, Head of division 1995-1997; Assistant General Counsel 1998-1999; Co-director 1999-2000. Supreme Court of Finland, Justice 2000-2005.

MÖLLER, Karl-Dieter, Studium der Publizistik, Politikwissenschaft und Rechtswissenschaft an der Westfälischen Wilhelms-Universität in Münster und an der Ludwig-Maximilians-Universität München. Erstes juristisches Staatsexamen 1974 und anschl. Vorbereitungsdienst in der Intendanz des Bayerischen Rundfunks. Danach war Möller freier Mitarbeiter in den Wirtschaftsredaktionen des Hörfunks von BR und WDR sowie bei verschiedenen Tageszeitungen. Anschließend arbeitete er als persönlicher Referent des Präsidenten eines Wirtschaftsverbandes. 1978 Zweites juristisches Staatsexamen. Tätigkeit in der politischen Redaktion der Aachener Volkszeitung und ab Januar 1979 in der Redaktion „Recht und Justiz“ des ZDF. Im November 1986 wechselte Möller zum Süddeutschen Rundfunk und leitete die neu gegründete ARD-Fernsehredaktion „Recht und Justiz“ in Karlsruhe. Diese Funktion behielt er auch nach der Fusion des SDR mit dem Südwestfunk zum Südwestrundfunk (SWR) im Jahr 1998 bei. Seit 1986 ist Möller justizpolitischer Korres-

ponent der ARD beim Bundesverfassungsgericht, beim Bundesgerichtshof und bei der Bundesanwaltschaft.

MÜNTEFERING, Franz, Bundesminister für Arbeit und Soziales aD. Lehre als Industriekaufmann. 1957 bis 1975 Kaufmännischer Angestellter in der metallverarbeitenden Industrie. Mitglied der IG Metall. Seit 1966 Mitglied der SPD, 1974 bis 1998 im Vorstand des SPD-Bezirks Westliches Westfalen, ab 1992 Vorsitzender, 1998 bis 2001 Vorsitzender des SPD-Landesverbandes Nordrhein-Westfalen, ab 1992 Mitglied im Parteivorstand, 1995 bis 1998 Bundesgeschäftsführer der SPD, von Dezember 1999 bis Oktober 2002 Generalsekretär der SPD, 21. März 2004 bis 15. November 2005 Vorsitzender der SPD. 1969 bis 1979 Stadtrat/Amtsvertretung Sundern. 1992 bis 1995 Minister für Arbeit, Gesundheit und Soziales in Nordrhein-Westfalen. 1995 bis 1998 Mitglied des Landtages von Nordrhein-Westfalen. Mitglied des Bundestages vom 10. Juni 1975 bis 8. Dezember 1992 und seit 1998; 27. Oktober 1998 bis 17. September 1999 Bundesminister für Verkehr, Bau- und Wohnungswesen. September 2002 bis November 2005 Vorsitzender der SPD-Fraktion; November 2005 bis November 2007 Bundesminister für Arbeit und Soziales.

SCHMIDT, Ingrid, studierte Rechtswissenschaften an der Johann Wolfgang Goethe-Universität in Frankfurt am Main. Nach Ablegung des Assessor-Examens im April 1983 war sie zunächst wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Privat-, Verfahrensrecht und Rechtsvergleichung an der Universität Frankfurt am Main; zudem war sie seit August 1983 zur Rechtsanwaltschaft zugelassen. Seit Juni 1985 war sie als Richterin in der Hessischen Sozialgerichtsbarkeit tätig, zuletzt als Richterin am Hessischen Landessozialgericht in Darmstadt. Zwischenzeitlich war Frau Schmidt von November 1990 bis Februar 1993 als wissenschaftliche Mitarbeiterin an das Bundesverfassungsgericht abgeordnet. Zum 1. August 1994 wurde sie zur Richterin am Bundesarbeitsgericht ernannt. Sie war zunächst Mitglied des Siebten Senats und seit 2000 des Ersten Senats. Im September 2002 wurde Frau Schmidt zur Vorsitzenden Richterin ernannt und dem Sechsten Senat als Vorsitzende zugewiesen. Frau Schmidt wurde am 1. März 2005 zur Präsidentin des Bundesarbeitsgerichts ernannt und gleichzeitig dem Ersten Senat als Vorsitzende zugewiesen. Ingrid Schmidt ist nach fünf Präsidenten die erste Frau in diesem Amt.

WENDELING-SCHRÖDER, Ulrike, Prof. Dr., nach dem Jurastudium in Marburg und Freiburg Referendarzeit in Bremen und Tätigkeit als wissenschaftliche Mitarbeiterin an der Universität Bremen. Im Anschluss an das 2. Staatsexamen zunächst Tätigkeit als Praktikantin im Justitiariat des Deutschen Gewerkschaftsbundes (DGB), nach kurzer Zeit dann wissenschaftliche Referentin im Wirtschafts- und Sozialwissenschaftlichen Institut (WSI) des DGB. 1984 Promotion an der Univer-

sität Bremen mit einer Arbeit über Arbeitnehmerrechte in modernen Konzernstrukturen. Neben der Tätigkeit im WSI mehrere Lehraufträge an den Universitäten Duisburg und Frankfurt/M. 1992 Habilitation an der Universität Frankfurt/M. mit einer Arbeit über die Individualrechte im Arbeitsverhältnis, insbesondere über die Gewissens- und Meinungsfreiheit. Seit 1993 Professorin für Arbeits-, Unternehmens- und Zivilrecht am Fachbereich Rechtswissenschaften der Universität Hannover. Seit 1999 Mitglied des Niedersächsischen Staatsgerichtshofs. Seit 2001 Mitglied des Appeal Board OCCAR.

WULFFEN, Matthias von, 1964-1969 Studium der Rechtswissenschaften in Hamburg und Marburg. Oberstleutnant der Reserve. Große juristische Staatsprüfung 1972 München. Wissenschaftlicher Assistent Universität Regensburg. 1973 Richter am Sozialgericht Regensburg. 1979 Richter am Bayerischen Sozialgericht in München (1985 Vors. Richter). 1986 Präsident des Sozialgerichts München. 1987 bis 2007 Richter am Bundessozialgericht in Kassel, davon 1995 bis Ende 2007 als Präsident.